This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

L. Z. A.14 e. 33

France.
510

DROIT CIVIL EXPLIQUÉ.

COMMENTAIRE DU TITRE II DU LIVRE III
DU CODE NAPOLÉON.

DONATIONS ENTRE-VIFS
ET
TESTAMENTS.

PARIS. — TYPOGRAPHIE A. WITTERSHEIM,
8, rue Montmorency.

DROIT CIVIL EXPLIQUÉ.

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS

OU

COMMENTAIRE

DU TITRE II DU LIVRE III DU CODE NAPOLÉON,

PAR M. TROPLONG,

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION,
Membre de l'Institut, Grand-Officier de l'Ordre impérial de la Légion d'honneur.

TOME TROISIÈME.

PARIS,
CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
20, RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN.

1855

CODE NAPOLÉON,

LIVRE III, TITRE II:

DES DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS.

Décrété le 13 floréal an XI (3 mai 1803), promulgué le 23 floréal an XI (13 mai 1803).

CHAPITRE IV.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SECTION I.

DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

ARTICLE 931.

Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats et il en restera minute, sous peine de nullité.

SOMMAIRE.

1036. La donation, quoique du droit naturel, emprunte au droit civil des formes essentielles.

1037. Formes de la donation en droit romain.

1038. De l'état de la jurisprudence en France sur ce point avant l'ordonnance de 1731. — Effet de cette ordonnance.

1039. Mais l'ordonnance ne s'étendait pas aux dons manuels.

1040. L'art. 931 a reproduit la disposition de cette ordonnance.

1041. Il a consacré aussi la même exception quant aux dons manuels.

1042. Et peu importe la valeur des dons manuels. — Rapprochement entre la donation manuelle et le dépôt.

1043. On ne saurait transformer une donation manuelle en un dépôt.

1044. De l'indivisibilité de la déclaration du possesseur attaqué comme dépositaire et qui se prétend donataire pur et simple.

1045. Examen d'un arrêt du parlement de Bordeaux cité comme contraire à cette solution.

1046. Suite.

1047. Arrêt du parlement de Paris qui pose nettement le principe.

1048. Sous le Code, les art. 2279, 1926 et 1356 ne laissent plus de doute sur l'indivisibilité de la déclaration.

1049. Arrêt de la cour de Paris.

1050. Ne pourrait-on pas cependant diviser la déclaration du possesseur qui se prétend donataire et qui est attaqué comme dépositaire, si cette déclaration était par trop invraisemblable?

1051. *Quid* si le possesseur était attaqué comme mandataire? — Arrêt de la cour de Paris.

1052. *Quid* dans le cas où le don manuel a été fait à un tiers par une sorte de fidéicommis?

1053. Le don manuel perd son efficacité lorsqu'il dégénère en une donation à cause de mort. — Examen de l'ar-

rêt rendu sur cette question dans l'affaire des manuscrits de Chénier.

1054. Toutefois le don d'un manuscrit peut n'être pas réputé *à cause de mort*, bien que le droit de publier soit différé après la mort du donateur.

1055. Si la remise du manuscrit est constatée par lettre, l'écrit fixera le caractère de l'acte.

1056. On peut donner manuellement toutes sortes d'objets mobiliers.

1057. Quant aux titres de rentes, actions, billets, etc., il ne suffira pas de la remise; il faudra en outre que les formalités propres à la transmission de ces titres aient été remplies.

1058. S'il s'agit d'un effet négociable, l'endossement en blanc sera suffisant pour la transmission de propriété.

1059. *Quid* si le titre n'est pas négociable.

1060. Le transfert d'une rente sur le grand-livre, fait sur la tête de celui à qui on veut la donner, opère-t-il donation sans qu'il soit besoin d'avoir recours à d'autres formalités? — Jurisprudence.

1061. Suite.

1062. Le transfert suffit, avec les formes ordinaires, pour prouver la transmission de propriété.

1063. Pourquoi une donation sous seings privés, déposée chez un notaire, enregistrée et transcrite au bureau des hypothèques, ne serait d'aucune valeur.

1064. Le donateur qui aurait confirmé et même exécuté une pareille donation pourrait toujours la faire annuler.

1065. Il n'en est pas de même à l'égard des héritiers et ayants cause du donateur dans l'intérêt desquels les formalités de la donation ont été introduites.

1066. Ils peuvent attaquer les vices de forme de la donation, malgré même l'exécution qu'y a donnée leur auteur.

1067. Les règles prescrites par la loi sur la forme de la donation sont de rigueur.

1068. De l'état estimatif exigé par l'art. 948. — Renvoi. — Le donateur, après la délivrance des meubles, pourrait-il invoquer le défaut d'état estimatif?

1069. Des donations avec charges. — Distinctions à faire.

1070. Les actes qui ne sont donations qu'imparfaitement, et qui se placent dans la catégorie des contrats innommés, ne sont point astreints aux formalités de l'art. 931.

1071. Si l'acte tient tout à la fois de la donation et du contrat à titre onéreux, il n'est pas nécessaire de le faire dans la forme des donations.

1072. Il en est différemment, si la charge imposée au donataire est une de ces charges toujours sous-entendues dans toute donation.

1073. En matière de donation rémunératoire, la question de forme dépendra du point de savoir si l'acte est moins une donation qu'une dation en payement.

1074. Si l'acte n'a pour cause qu'un sentiment de reconnaissance agissant dans le for intérieur, il n'y aura qu'une donation ordinaire sujette aux formes des donations.

1075. Une donation faite pour l'accomplissement d'une obligation naturelle peut être assimilée aux donations rémunératoires pour services appréciables.

1076. Les remises de dettes peuvent être faites de toutes sortes de manières. — Cependant un arrêt de la cour de Paris applique à une remise de dette par fidéicommis les principes du dépôt.

1077. Arrêt de cassation sur la même question.

1078. Le débiteur doit prouver la remise de la dette qu'il invoque, si la cause de la quittance est reconnue fausse.

1079. La renonciation à une prescription acquise est exempte des formalités de la donation.

1080. Il en est de même du cautionnement d'une dette.

1081. Ainsi que des libéralités indirectes stipulées comme charges d'un contrat principal.

1082. La donation d'une chose disponible, faite à un donataire capable sous forme de contrat onéreux, est-elle valable ?

1083. De l'acceptation de la donation. — Renvoi.

1084. La procuration en matière de donation doit être revêtue de la forme authentique.

1085. Il en est de même de l'autorisation donnée à la femme par le mari.

1086. Durée de l'action en nullité pour vice de forme.

COMMENTAIRE.

1036. Nous avons dit ci-dessus (1) que, quoique la donation soit du droit naturel, elle emprunte cependant au droit civil des formes essentielles que le législateur a voulu lui imposer à cause de son importance. Bien que l'homme ne soit pas naturellement porté à se dépouiller de son vivant, il y a cependant des circonstances nombreuses où il faut craindre, de sa part, une facilité trop grande et une générosité irréfléchie. C'est pour le sauver de cette faiblesse que le législateur a cru nécessaire de faire intervenir, dans les donations entre-vifs, un certain nombre de formalités solennelles de nature à retarder sa précipitation, et à provoquer ses réflexions sérieuses. Il a voulu aussi donner aux donations une stabilité irrévocable et les mettre à l'abri des fraudes praticables avec les actes sous seing privé.

(1) Nos 10, 11, 512, 516.

C'est de ces formalités que le Code va s'occuper dans notre section, formalités qui rattachent la donation au droit civil, bien qu'au fond, et par son principe, elle appartienne au droit naturel. Mais, avant de nous livrer à l'étude des dispositions de l'article 931, il convient de donner des détails sur la législation qui a précédé.

1037. L'ancien droit romain avait assujetti la donation entre-vifs à des formes sur lesquelles nous avons déjà jeté un coup d'œil (1). On se rappellera que, par la loi Cincia, les choses de mancipation ne pouvaient être données qu'avec les solennités de la mancipation (2); que les choses *nec mancipi* ne pouvaient être données qu'avec la tradition, mais sans autre formalité. Les donations de choses *mancipi* étaient parmi ce qu'il y avait, dans le droit romain, de plus solennel et de plus civil. Au contraire, les donations de choses *nec mancipi*, parfaites par la seule tradition, appartenaient en entier au droit naturel (3).

Constantin établit un droit nouveau (4). Sans distinguer entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*, il voulut que toute donation fût rédigée en acte, qu'elle fût accompagnée de tradition, en présence de nombreux témoins, *advocatâ vicinitate*, et qu'elle fût insinuée à peine de nullité; le tout afin

(1) *Suprà*, n° 516.

(2) Les fragm. du Vatican ont jeté du jour sur ce point de droit, *De donat. ad legem Cinciam*, §§ 226, 313.

(3) *Suprà*, n° 520.

(4) *Suprà*, n° 521.

d'éviter les fraudes, les surprises et les violences. *Ad excludendam vim atque irruptionem* (1).

Peu à peu toutes ces formalités tombèrent en désuétude, excepté l'insinuation. Enfin Justinien fixa le dernier état des choses, en décidant que la donation pourrait valoir par la nue convention, sans tradition, ou sans stipulation (2). C'était mettre la donation sur le même pied que la vente et autres contrats du droit des gens (3). Toutefois, Justinien voulut que, si elle excédait 500 solides, elle fût assujettie à l'insinuation. Les auteurs doués d'un esprit critique ont blâmé Justinien d'avoir mis tant de relâchement dans le système des donations (4). L'expérience du cœur humain ne l'a pas guidé, en effet, dans ses règlements, et il n'a pas montré la prévoyance du législateur.

1058. Avant l'ordonnance de 1731, il n'y avait rien de bien positif, en France, sur les formalités des donations entre-vifs. Les uns croyaient qu'il n'était pas nécessaire qu'il en fût rédigé acte notarié, parce qu'aucune loi ne l'exigeait; qu'il suffisait que l'écrit fût signé du donateur et du donataire, et insinué avant la dernière maladie du premier (5). D'autres rejetaient

(1) L. 1, C. Theod., *De donat.*

(2) L. 35, C., *De donat.*

(3) *Suprà*, n° 522.

(4) « *Quoniam*, dit Cujas, *juris auctorum mos est vetustissimus » ut donationes facilè non admittant, non temerè approbent.* » (Quest. Papin., lib. 29, *Ad leg.* 27, *De donat.*) M. Toullier semble trouver, au contraire, que cette simplicité de formes est une amélioration (t. V, n° 169).

(5) Ricard, part. 1, n°s 881, 882. Ferrières *sur Guy Pape, quest.* 222.

cette opinion comme pouvant engendrer de nombreux abus (1). En effet, disaient-ils, il est nécessaire que la donation soit absolument irrévocable, et qu'il ne dépende pas des parties de la rendre inutile; or, cela pourrait arriver si la donation n'avait été faite que sous seing privé, quoiqu'elle eût été insinuée.

L'article 1 de l'ordonnance de 1731, frappé de ce danger, voulut que les donations entre-vifs fussent faites par acte public, à peine de nullité (2). « Le » motif de cette loi, dit Pothier (3), a été d'empêcher » les fraudes, et qu'il ne fût pas au pouvoir du do- » nateur de faire des donations qu'il fût le maître de » révoquer pendant sa vie, en retenant par devers » lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les » mains d'une personne affidée qui aurait ordre de » ne le remettre au donataire qu'après la mort du » donateur, ou lorsque le donateur le jugerait à pro- » pos. C'est pour ôter ce moyen au donateur que » l'ordonnance veut qu'il reste une minute de la do- » nation entre les mains d'un notaire, personne pu- » blique dont le donateur ne puisse être le maître. » Sans cela, les donations sont suspectes de n'avoir » pas le caractère d'irrévocabilité requis par nos lois » dans les donations entre-vifs; et par la raison de » cette suspicion elles sont déclarées nulles. »

(1) Ricard, *loc. cit.*, n° 883.

(2) Furgole sur cet article. D'Aguesseau, lettre 290, t. IX, p. 361, d'après l'esprit de la loi 25, C., *De donat.*

(3) *Donations*, sect. 2, art. 4; et *sur Orléans*, t. XV, *Introd.*, n° 28.

1039. Mais l'ordonnance n'étendait pas son effet aux donations de choses mobilières, lorsqu'il y avait tradition réelle : en ce cas, il n'y avait besoin d'aucun acte (1).

1040. Notre article 931 est la reproduction de l'ordonnance de 1731. Tout acte de donation doit être fait, à peine de nullité, dans la forme ordinaire des contrats notariés et il doit en être gardé minute. Un acte, par lequel un individu se dépouille de son vivant, ne saurait être environné de trop de précautions ; il ne saurait avoir trop de stabilité et d'autorité (2). Il serait donc nul, s'il n'était pas reçu par deux notaires conjointement, ou par un notaire en présence de deux témoins (3). On sait cependant que la présence du notaire en second ou des deux témoins n'est nécessaire qu'au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de la signature par les parties. Elle doit être mentionnée à peine de nullité (4).

1041. De ce que tout acte portant donation doit être rédigé dans la forme qui vient d'être dite, il ne s'ensuit pas que toute donation doive être nécessairement rédigée en acte. Il y a des donations qui peuvent se passer de l'écriture ; telles sont les donations de choses mobilières accompagnées de tradi-

(1) Pothier, *Donations*, *loc. cit.* Orléans, *loc. cit.*, n° 28. Furgolé sur l'art. 1 de l'ord., § *Tout acte*. D'Aguesseau, *loc. cit.*

(2) Mon comm. du *Contrat de mariage*, t. I, n° 184.

(3) Loi du 25 ventôse an XI, art. 8, 20, 68, et loi du 21 juin 1843, art. 2.

(4) Loi du 21 juin 1843, art. 2.

tion présente. Elles sont parfaites de la main à la main, en vertu de l'article 2279 du Code Napoléon. Il n'a pas été dans la pensée de notre article de s'écarter, sur ce point, de la jurisprudence consacrée par l'ordonnance de 1731 ; l'article 931 a entendu, au contraire, s'y conformer pleinement (1).

En effet, notre article, conforme à l'ordonnance de 1731, ne dit pas que toute donation doit nécessairement être rédigée par écrit ; il dit seulement que dans le cas où on rédigerait un acte de cette donation, il faut, à peine de nullité, que cet acte soit revêtu des solennités ordinaires des contrats (2).

Or, la donation de choses mobilières étant entièrement consommée, lorsque la tradition a lieu, il n'y a nulle nécessité de la rédiger par écrit, puisqu'en fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279). On se fait journellement entre amis des cadeaux qui ont plus ou moins de valeur, et qu'il serait ridicule de vouloir astreindre à la nécessité d'une rédaction solennelle (3).

1042. Mais ce n'est pas seulement pour le cas de dons modiques que les dons manuels sont valables. Ils sont admis en jurisprudence, lors même que la valeur en serait considérable, pourvu qu'ils soient

(1) L. 8, C., *De oblig. et action.*

(2) D'Aguesseau, *loc. cit.* M. Merlin, Répert., v° *Donation*, p. 86. M. Toullier, t. V, n° 172. Ferrières *sur Paris*, t. XIII, § 2, n° 55.

(3) Les dons manuels s'appelaient quelquefois *dons de main-chaude*, dans l'ancien droit.

exempts de fraude (1). On a cependant prétendu, sur l'autorité du chancelier D'Aguesseau, que la validité des dons manuels doit être restreinte au cas de dons de meubles ou sommes modiques (2). Mais on abuse d'une phrase de l'illustre chancelier, qui, n'ayant pas à résoudre précisément la question, n'a rien pu dire qui soit de nature à la juger (3). Il énonce avec raison que les dons de choses mobilières modiques, qui se consomment par la tradition et sans actes, ne sont pas soumis à l'ordonnance : rien n'est plus vrai. Mais il ne faut pas en conclure, par un argument *à contrario* souvent fautif, que les dons manuels de sommes importantes doivent nécessairement être soumis aux formalités des actes solennels et notariés (4).

Inutilement dirait-on que le dépôt doit être prouvé par écrit (1923, Code Napoléon), et qu'il n'est pas raisonnable de vouloir que la donation, laquelle confère un droit plus fort, puisse se passer d'un titre écrit. Cette objection manque de justesse : le dépôt laisse à sa suite des actions qui doivent

(1) Rouen, 24 juin 1845 (Devill., 46, 2, 105).

(2) Lettre précitée.

(3) Voy., sur le don manuel, une dissertation de M. Devilleneuve, 5, 1, 122.

(4) M. Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. 2, § 7, et Quest. de droit, v° *Donation*, § 6. M. Grenier, n° 176, t. II, p. 90, avec les notes de M. Bayle-Mouillard. M. Zachariæ, t. V, p. 62, 63. « Les dons manuels, disait le tribun Jaubert, ne sont » susceptibles d'aucune forme. Il n'y a là d'autres règles que » la tradition, sauf néanmoins la réduction et le rapport » dans les cas de droit » (Fenet, t. XII, p. 598).

s'appuyer, dans leur exercice, sur un titre probant. Le déposant veut retirer le dépôt : c'est son droit. Mais comment pourrait-il le manifester aux yeux de la justice, s'il n'avait pas un titre en main? Au contraire, la donation consomme la négociation ; elle dépouille irrévocablement le donateur. Ce dernier, dessaisi par la tradition effectuée, n'a plus rien à réclamer, tandis que le donataire, investi de la possession, a en sa faveur le titre virtuel dont l'art. 2279 du Code Napoléon est la consécration.

1043. On a souvent cherché à transformer les dons manuels en dépôt, en s'appuyant sur des présomptions humaines, signalées comme propres à leur enlever le caractère de libéralité. Pour arriver à ce résultat, on a dit : le don manuel ne réside pas seulement dans la possession ; il réside aussi dans l'intention de donner. Or, si l'intention de donner n'est pas prouvée, le don manuel s'évanouit, et il ne reste plus qu'un dépôt restituable au prétendu donateur ou à ses héritiers.

Mais rien n'est plus dangereux que de se jeter dans des appréciations fugitives, où les présomptions combattent les présomptions, et où l'on ne trouve que le doute en cherchant la certitude. Il vaut mieux s'en rapporter aux textes et aux principes. Ce sont les guides les plus assurés.

Or, l'art. 1924 du Code Napoléon porte que, lorsque le dépôt, étant au-dessus de 150 fr., n'est pas prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'ob-

jet, soit pour le fait de sa restitution (1). Voilà pourquoi il a été positivement jugé par arrêt de la cour de Cassation, du 18 mars 1807 (2), qu'on ne peut pas, par de simples présomptions, affaiblir la foi due à celui qui est attaqué comme dépositaire, lorsqu'il nie le fait du dépôt non prouvé par écrit. Sa déclaration a une autorité entière. Le propriétaire de la chose a suivi sa foi, il s'en est remis à sa parole et à sa conscience ; c'est de cette parole que dépend le jugement de la difficulté (3).

1044. De là, il suit, pour tous les esprits attentifs et pour les magistrats scrupuleux observateurs du droit, que la déclaration du possesseur qui se dit donataire pur et simple ne doit pas être divisée, conformément à l'art. 1356 du Code Napoléon, et qu'elle doit être crue conformément à l'art. 1924 du même Code. Je sais qu'il arrive quelquefois que, par une équité mal placée, le juge cherche à atténuer cette déclaration, en la divisant, et en la combattant par d'autres présomptions. Les art. 1356 et 1924, fortifiés par l'art. 2279 du Code Napoléon, s'opposent à cet arbitraire (4). On peut voir ce que nous avons écrit là-dessus dans notre commentaire *Du contrat de dépôt*, n° 58 et suiv. Le juge ne peut convertir en dépôt la tradition que le possesseur déclare être une donation, sans se mettre au-dessus des

(1) Mon comm. du *Dépôt*, n° 50.
(2) Devill., 2, 1, 361.
(3) Mon comm., *loc. cit.*, où je cite Danty.
(4) M. Merlin Quest. de droit, v° *Donation*, § 6, n° 2.

présomptions de la loi et des plus sages prévisions (1). Si le propriétaire avait voulu ne faire qu'un dépôt, il en aurait retiré un écrit. Ne l'ayant pas fait, on suppose qu'il a voulu faire autre chose. En tout cas, s'il y a violation du dépôt, il faut en laisser la vengeance à Dieu, comme dit Brodeau (2), et le déposant ne peut s'en prendre qu'à lui-même de sa crédulité et de son imprudence.

1045. On cite cependant, comme contraire, un arrêt du parlement de Bordeaux, dont voici l'espèce.

M. de la Roche, conseiller au parlement de Bordeaux, s'en allant à Dax où il mourut, donna à la femme du sieur Duverger de Barbe un fil de perles et un cabinet d'ébène.

Après sa mort, ses affaires étant mauvaises, la dame de Barbe fut assignée par son représentant, pour restituer les perles et le cabinet. Celle-ci disait qu'il était vrai qu'elle avait reçu l'un et l'autre; que le sieur de la Roche les lui avait laissés « à condition que s'il venait à mourir, lesdites » choses lui demeureraient en propre. » Le représentant de de la Roche, prenant avantage de cette réponse, disait que la dame de Barbe ne justifiait pas de la condition par elle alléguée et que, par conséquent, son exception n'était d'aucune considération : il alléguait la glose de la loi *Si quidem*. C. *De except.*, qui dit, qu'en ce que le défendeur avoue qu'il a reçu, *fides est adhibenda*, mais non pas lorsqu'il

(1) Danty *sur Boiceau*, p. 72 et suiv.
(2) *Sur Louet*, lettre *D*, somm. 33, n° 2.

dit que le déposant a voulu que la chose lui demeurât; on citait encore Boerius, *Décis.* 243. Il fut jugé suivant cette glose, par arrêt du parlement de Bordeaux, du 17 mars 1667, que *Donatio quæ est de facto non præsumitur nisi probetur* (1).

A mon sens, cet arrêt n'a pas la portée qu'on lui donne, ainsi que je vais le démontrer. Mais alors même qu'il l'aurait, il ne faudrait pas s'en étonner outre mesure. Ce n'est pas la première fois que l'on trouve, dans les anciens arrêts, des exemples de preuve testimoniale appliquée à ces contrats qui se forment de la main à la main, comme la donation manuelle et le prêt de meubles (2). Mais les textes du Code Napoléon ne permettent pas de les suivre. Ils obligent le juge à repousser ces lueurs de l'équité et à se concentrer dans les sages dispositions de la loi (3).

1046. Quel est donc le vrai sens de cet arrêt? M. Merlin l'ayant inexactement interprété, je crois devoir insister pour en montrer le véritable esprit.

La dame de Barbe disait-elle que M. de la Roche lui avait fait une donation actuelle, irrévocable, de la main à la main? Non! Elle convenait que jusqu'à la mort de M. de la Roche, il n'y avait rien de définitif; que la donation était soumise à la condition de la mort de M. de la Roche; que c'était, par conséquent, une donation à cause de mort. Et de là, il sui-

(1) Lapeyrère, édit. de 1706, lettre *D*, n° 73. Brillon, v° *Donation*, n° 193. M. Merlin, *loc. cit.*

(2) *Prêt*, n° 58. Je cite un exemple.

(3) M. Toullier, t. IX, n°s 29 et suiv. T. X, n° 335.

vait nécessairemnet que tant que la condition n'était pas arrivée, la possession de Madame de Barbe avait été précaire, révocable, à titre de dépositaire; et il n'est pas étonnant que le parlement de Bordeaux ait jugé comme il l'a fait (1). On le verra plus bas (2), le don manuel tire sa force de la dépossession actuelle et irrévocable du propriétaire. Ce n'est pas un don manuel que celui où l'on trouve d'autres combinaisons.

1047. Mais, quand la jurisprudence a rencontré des situations où la tradition présente se rencontrait avec une dépossession absolue, a-t-elle hésité à maintenir le don? S'est-elle permis de diviser, d'amoindrir, de mettre en suspicion la déclaration du possesseur?

Écoutons l'arrêt que voici, du parlement de Paris, du 17 janvier 1768 (3) :

Claude Baillard décéda sans enfants. Sa veuve soutint qu'il devait se trouver de l'argent comptant. Mais il n'y en avait pas, et des soupçons de vol s'élevèrent. Le partage s'effectua entre la veuve et les héritiers, entre lesquels était Pierre Baillard, frère du défunt. On y fit des réserves au sujet de l'argent que l'on croyait soustrait, et que l'on estimait se monter à 6,000 livres. Pierre Baillard (ce qui est à remarquer) souscrivit ce partage.

(1) *Junge* affaire Chénier. Paris, 4 mai 1816 (Devill., 5, 2, 138). *Infrà*, n° 1053.

(2) N° 1053.

(3) Roussilhe, *Donations*. M. Merlin, Quest. de droit, v° *Donation*, § 6, n° 1.

Cinq ans après, il déclara qu'il avait 4,000 livres de son frère, mais que cette somme avait été donnée à sa femme par Claude, son frère défunt, quelques jours avant sa mort, et lorsque ceux qui d'ordinaire l'environnaient étaient à vêpres.

Un procès s'engagea. La veuve prétendit que Pierre Baillard avait spolié la succession de son frère, que sa signature, aux réserves portées dans le partage, était incompatible avec une donation dont il aurait dès lors été nanti.

Mais, par arrêt du parlement de Paris précité, le don fut déclaré valable.

On voit quelle importance cet arrêt accorde à la déclaration du possesseur. C'est bien le principe de l'art. 1924 du Code Napoléon appliqué, sans division de cette déclaration (1).

1048. Quoi qu'il en soit de l'ancienne jurisprudence, la question doit être jugée aujourd'hui par l'art. 2279 du Code Napoléon, qui est de si grande considération dans la possession des meubles ; par l'art. 1924, qu idonne tant de force à la déclaration du possesseur; par l'art. 1356, qui veut que cette déclaration ne soit pas divisée (2). Sans doute, s'il y avait un commencement de preuve par écrit constatant le dépôt, les présomptions graves, précises et concor-

(1) *Junge* Danty *sur Boiceau*, p. 74, n° 2. Leprêtre, *Cent.*, ch. 30, qui cite un arrêt qui empêche la division de la déclaration.

(2) Voy. M. Merlin, Quest. de droit, v° *Confession*, § 2.

dantes pourraient être admises, pour combattre la déclaration et la diviser (1). Mais il n'en est pas de même, quand le dépôt n'est prouvé que par sa déclaration seule; il faut prendre cette déclaration dans son ensemble. Il ne faut pas la scinder pour rétorquer l'aveu, en tant qu'il milite contre lui, et lui contester la circonstance qui milite en sa faveur (2). La déclaration, « j'ai reçu, mais pour garder à titre de don, » se compose de deux parties connexes, concordantes (3), portant même sur des faits contemporains n'ayant, par eux-mêmes, rien qui choque les possibilités raisonnables, et qui indique, par une invraisemblance, le dol et la fraude (4). Comment donc pourrait-on se permettre de diviser la déclaration, en présence surtout de l'art. 1924, qui place dans la conscience du possesseur la solution du débat?

Que s'il arrive que la conscience du juge éprouve quelque trouble sur des situations qui ne lui paraissent pas nettes, il faut qu'il se raffermisse par l'observation des textes, en songeant que la prohibition de la preuve testimoniale et des présomptions humaines, en cette matière, a pour but l'utilité publique, le bien

(1) Paris, 2 février 1842 (Devill., 42, 2, 65).

(2) Cassat., 10 janvier 1832 (Dalloz, 32, 1, 68. Devill., 32, 1, 91). 6 novembre 1838 (Dalloz, 39, 1, 501. Devill., 38, 1, 892, 893). 25 janvier 1827 (Devill., 8, 1, 509).

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 832.

(4) Voy. Voët, *De confess.*, n° 5, et Merlin, v° *Confession*, § 2, *loc. cit.*

et le soulagement des citoyens; car elle abrége les procès et évite les inconvénients qui viennent de la trop grande facilité des témoins (1); elle empêche aussi de livrer à la discrétion de quelques témoins complaisants l'honneur des citoyens.

1049. C'est, au surplus, ce que la cour de Paris a jugé, sous ma présidence, par un arrêt du 20 février 1852, dont voici l'espèce :

M. Courtois, ancien joaillier, avait pour cousine issue de germain la femme de M. Lethorel; M. Courtois possédait une inscription de rente sur l'État, qu'il chargea, le 1er mai 1849, son agent de change de vendre à la Bourse, et qui lui produisit 16,804 fr. Sur cette somme, M. Courtois donna, de la main à la main, à sa cousine, en présence de la mère de celle-ci et d'une dame Dubois, celle de 10,000 fr., en lui disant : « Tiens, voilà pour toi et tes enfants. »

Le 14 mai 1849, M. Courtois, frappé dans la rue d'une attaque d'apoplexie, est conduit à l'hospice de la Charité : son chien s'éloigne et arrive chez M. Lethorel qui s'inquiète de voir l'animal sans son maître; il s'informe, et trouve M. Courtois à l'hospice. Celui-ci décède; les scellés ne sont pas apposés : la clé de l'appartement du défunt est laissée à Mme Contour, sa sœur, qui l'a conservée jusqu'au 15 juin. Dans l'intervalle, le 6 juin, on procède à l'inventaire, auquel n'assistent pas les époux Lethorel, et où Mme Contour fait sans contrôle toutes les déclarations qu'elle veut.

(1) Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, *somm.* 33, n° 3.

Peu de temps après, un des gendres de Mme Contour se présente chez M. Lethorel, et le prie de lui remettre une quittance des 10,000 francs reçus par Mme Lethorel. M. Lethorel ne donne pas dans le piége, et répond qu'il n'y a pas à donner de quittance d'une donation manuelle. C'est alors qu'après des menaces de se pourvoir même au criminel, Mme Contour forme une demande en restitution des 10,000 francs; mais, comme il y avait titre au profit de M. Lethorel par le fait de la possession, Mme Contour articule des faits tendant à établir qu'il y avait eu dépôt et non donation manuelle. Cette dernière produit à son tour une articulation contraire, et c'est en cet état qu'intervint, le 20 décembre 1850, le jugement suivant :

« Le Tribunal,

» Attendu que si, aux termes de l'art. 2279 du Code Napoléon, en fait de meubles, possession vaut titre, ce principe n'est pas suffisant pour légitimer la propriété d'une chose, que le possesseur déclare, comme dans l'espèce, détenir à titre de donation; que, dans ce cas, ce serait méconnaître le but du législateur et l'esprit qui a présidé aux prescriptions de l'art. 931 du même Code, que de reconnaître une pareille donation, en l'absence d'aucun motif pouvant la légitimer;

» Attendu, en outre, que le principe consacré par ledit article 2279 n'établit en faveur du possesseur qui l'invoque qu'une simple présomption qui peut être détruite, soit par la preuve testimoniale, soit même par des présomptions contraires, ayant la gra-

vité et la précision nécessaires, permettant de les faire prévaloir;

» Attendu, d'un autre côté, qu'un don manuel ne peut être considéré comme valable qu'autant qu'il n'existe aucun doute sur la réalité d'une transmission faite à ce titre; que la déclaration du détenteur ne suffit pas pour prouver un pareil don, surtout lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce, de la presque totalité de l'actif du prétendu donateur;

» Attendu que cette déclaration, loin d'être appuyée de présomptions qui rendent vraisemblable la sincérité, est démentie par des présomptions contraires;

» Attendu, en effet, qu'il n'est pas dénié par les défendeurs que le sieur Courtois soit décédé, le 14 mai 1849, à l'hospice de la Charité, où il avait été transporté à la suite d'une attaque d'apoplexie dont il avait été frappé dans la rue; qu'il n'est pas également contesté par eux que, le 19 avril de la même année, le sieur Courtois a fait vendre par le sieur Chartier, agent de change, 953 fr. de rente 5 p. 100, à 88 fr. 27 centimes et demi, formant tout son avoir, et que le 1er mai suivant il en a touché le prix;

» Attendu que de l'inventaire fait après le décès du sieur Courtois, il résulte qu'il n'a été trouvé chez lui aucun titre actif; que la prisée de son mobilier ne s'est élevée qu'à une somme de 272 fr. 40 centimes; que cet état de choses démontre qu'il ne pouvait avoir l'intention de se dépouiller, de son vivant, du modique actif à l'aide du revenu duquel il pouvait subvenir à ses besoins;

» Que si la donation qu'allèguent les défendeurs avait eu lieu, le donateur l'aurait nécessairement faite à rente viagère, ou tout au moins, avec stipulation de l'intérêt à 5 p. 100;

» Que si cette donation avait été faite par le sieur Courtois, malade, on pourrait encore le comprendre; mais que, bien de là, ce dernier était en bonne santé, et que sa mort a été la suite d'un accident fortuit et que rien ne pouvait lui faire pressentir;

» Que la détention de la somme réclamée autrement qu'à titre de dépôt entre les mains de Lethorel ne peut être admise, surtout lors que ce dernier, après avoir gardé le silence à l'égard de ces 10.000 fr. lors de l'inventaire fait après le décès, à sa propre diligence, ou dont au moins il avait eu connaissance parfaite, a déclaré que c'était sa femme qui était détentrice de cette somme, et à son insu, mais à titre de donation;

» Attendu que ce qui complète l'invraisemblance d'une pareille donation, c'est que Lethorel comptait, d'après ses propres conclusions, sur un testament du sieur Courtois, et qu'il paraît constant que ce n'est que lorsqu'il a acquis la certitude que ce testament n'existait pas, qu'il a qualifié de don manuel fait à sa femme, la remise desdits 10.000 francs;

» Attendu que tous les faits et circonstances ci-dessus rapportés sont autant de présomptions qui démentent la réalité d'une donation et témoignent, au contraire, de l'impossibilité où se trouvait le sieur Courtois de se dépouiller, avant toute prévision de mort, de la majeure partie du seul capital sur le-

quel il pouvait compter pour subvenir à son existence;

» Que le concours de ces présomptions, leur concordance et leur gravité, démontrent jusqu'à l'évidence l'invraisemblance et l'impossibilité de la donation alléguée pour retenir une somme qui doit faire partie de la succession du sieur Courtois;

» Qu'il devient dès lors inutile de s'arrêter aux conclusions subsidiaires de la dame Contour pour arriver à la preuve par témoins des faits établissant que ledit Courtois n'avait pas l'intention de se dessaisir du produit de la vente de sa rente, et que ce n'était qu'à titre de dépôt que les sieur et dame Lethorel en étaient détenteurs;

» Attendu que la preuve des faits articulés par lesdits sieur et dame Lethorel est inadmissible et serait contraire à la prohibition de la loi, puisqu'elle tendrait à faire preuve d'un contrat pour une somme excédant 150 francs;

» Ordonne que les sieur et dame Lethorel restitueront à la dame veuve Contour la somme de 10,000 fr. dépendants de la succession du sieur Courtois;

» Et les condamne, dès à présent, au payement de la somme de 10,000 francs ensemble aux intérêts d'icelle à 5 pour 100, à compter du jour de la demande;

» Dit qu'il n'y a lieu de s'arrêter à la demande d'enquête par la dame Contour, et déclare les sieur et dame Lethorel non recevables et mal fondés en leur demande à fin d'enquête sur les faits par eux articulés, et les condamne aux dépens. »

Évidemment ce jugement était trop contraire aux principes pour être maintenu. Voici l'arrêt de la cour :

» Considérant, en droit, que, d'après l'art. 2279 du Code civil, en fait de meubles, possession vaut titre ; que, d'un autre côté, d'après l'art. 1924 du Code Napoléon, celui qui est attaqué comme dépositaire dans le cas où le dépôt, au-dessus de 150 fr., n'a pas été constaté par écrit, en est cru sur sa déclaration ; que la loi, par cette disposition, a voulu prévenir les inconvénients de la preuve testimoniale, en s'en rapportant à la conscience de la personne dont le prétendu déposant a suivi la foi ;

» En fait, considérant que feu Courtois, en mai 1849, a remis aux époux Lethorel une somme de 10,000 francs, que ceux-ci déclarent avoir reçue à titre de don manuel ;

» Considérant que la veuve Contour a actionné lesdits époux Lethorel en restitution de cette somme de 10,000 fr., prétendant qu'ils l'auraient reçue, à titre de dépôt, de Courtois ; qu'à l'appui de sa demande la veuve Contour excipe de présomptions qu'elle signale comme graves, précises et concordantes, articulant, au surplus, des faits précis, et offrant la preuve testimoniale ;

» Mais considérant qu'il s'agit, d'après la demande, d'un dépôt volontaire fait sans écrit ; que la veuve Contour n'établit point être dans aucun des cas où la loi permet la preuve de l'existence du dépôt verbal par des présomptions ou par des témoignages ;

» Que, d'une part, il n'existe aucun commencement de preuve par écrit ; que, d'autre part, l'aveu

judiciaire des époux Lethorel est indivisible; qu'il ne saurait être permis à la demanderesse de scinder cet aveu sous le prétexte de sa complexité, d'en accepter la partie qui constaterait la remise aux époux Lethorel de la somme de 10,000 francs et de rejeter la partie de l'aveu qui donne à cette remise de la somme le caractère de don manuel;

» Qu'ainsi, et dès l'origine, le sort de la demande de la veuve Contour a dépendu entièrement de la bonne foi des personnes par elle actionnées; qu'une semblable situation a été librement et volontairement créée par son auteur, feu Courtois, et qu'elle en doit subir les conséquences; que ni présomptions ni preuve testimoniale ne sauraient être admises contre la déclaration indivisible des prétendus dépositaires, sans violer ouvertement les articles 1356, 1923 et 1924 du Code Napoléon;

» Met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, au principal, déboute la veuve Contour de ses demandes, fins et conclusions, etc. »

1050. Il faut cependant se demander si l'on pourrait diviser la déclaration du possesseur qui se dit donataire, si cette déclaration était d'une invraisemblance tellement choquante qu'elle conduirait à l'absurde. M. Merlin se prononce pour l'affirmative avec le nouveau Denizart (1). Il en est de même, suivant lui, quand cette déclaration est infectée de quelque mensonge qui en rend la vérité suspecte pour le

(1) Quest. de droit, v° *Confession*, § 2, n° 1.

tout. En pareil cas, il y a fraude, et l'art. 1353 du Code Napoléon admet les présomptions humaines contre un acte attaqué pour cause de fraude.

On doit encore pouvoir discuter la déclaration, quand une de ses parties est prouvée fausse.

La jurisprudence veut aussi qu'on arrive au même résultat, quand le possesseur exerce une profession qui le place dans la catégorie d'un dépositaire présumé; c'est ce qui arriverait si le possesseur était aubergiste, et qu'il vînt soutenir qu'il a été investi, à titre de don manuel, d'une somme d'argent appartenant à une personne logeant dans son hôtel (1).

1051. Nous venons de parler du cas où le possesseur qui se prétend donataire est attaqué comme dépositaire.

Il arrive quelquefois qu'il est représenté comme mandataire. Ce cas est plus délicat, parce que la loi admet le mandat tacite dans un grand nombre de cas (2), et que d'ailleurs il y a des professions nombreuses qui impriment la présomption du mandat aux remises des choses faites à ceux que les exercent. Tels sont les commissionnaires et autres agents commerciaux, les ouvriers qui sont chargés de travailler la matière qu'on leur confie, etc. Un notaire ne serait pas cru facilement s'il voulait donner la couleur d'un don manuel à une remise de valeurs se rattachant à ses opérations habituelles; il en serait de même d'un avoué, d'un agent d'affaires, d'un agent de change, etc. Les circonstances ont donc beaucoup plus d'empire dans le cas de mandat que dans le cas de dépôt.

(1) Bourges, 30 juillet 1828 (Devill., 9, 2, 132).
(2) Mon comm. du *Mandat*, nos 123, 135.

Toutefois, l'autorité de la possession y est encore très-grande; il faut de graves présomptions pour l'affaiblir.

En voici une preuve résultant d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 décembre 1851.

Un sieur Altairac avait reçu d'une dame Demarcois des titres de 1,500 fr. de rentes, les unes nominatives, les autres au porteur. La dame Demarcois mourut, et Altairac remit à sa succession les rentes nominatives : il garda les rentes au porteur.

On prétendit qu'Altairac ne pouvait retenir ces dernières rentes, parce qu'elles ne lui avaient été confiées qu'à l'effet d'en toucher les arrérages pour le compte de la dame Demarcois. Altairac soutint qu'elles lui avaient été données.

Voici l'arrêt qui fut rendu sous ma présidence.

« Considérant qu'il est constant, dès à présent, » qu'Altairac a pour lui le titre et la possession; que » rien ne prouve que cette possession soit précaire; » que la dame Demarcois a mis ses titres de rente » dans les mains d'Altairac et n'a pas exigé de lui de » recépissé; ce qu'elle n'aurait pas manqué de faire, » d'après ses habitudes antérieures avec d'autres, » s'il n'eût été qu'un simple mandataire; que, d'après les circonstances de la cause, la veuve Demarcois, en confiant ses titres à Altairac, sans condition écrite, sans précaution, ni réserve pour l'avenir, n'a agi que par suite d'une volonté formelle de » lui en transmettre la propriété; qu'il s'agit dans la » cause de valeurs au porteur, dont la transmission, » même à titre gratuit, peut s'opérer de la main à la

» main ; qu'Altairac est dès lors saisi, d'une manière
» régulière, par le fait du propriétaire, qui a entendu
» se dessaisir irrévocablement ; qu'en présence de ces
» constatations, et aussi de la bonne renommée dont
» jouit incontestablement Altairac, les faits dont la
» preuve est offerte par la partie de Gressier ne sont
» ni pertinents ni admissibles, etc., etc. »

1052. Quelquefois le don manuel se fait en employant l'intermédiaire d'une personne amie que l'on charge de remettre la chose à celle que l'on veut gratifier. Ces sortes de fidéicommis sont très-fréquents, et ils font surgir des appréciations délicates, alors que le déposant vient à mourir avant que le dépositaire n'ait remis à la personne gratifiée la chose confiée à sa foi. Mais comme j'ai traité ce point dans mon commentaire *du Dépôt* avec détail, je suis dispensé de m'en occuper (1). Je me borne à remarquer de nouveau que la déclaration du dépositaire sur la personne appelée à recevoir, a encore ici une autorité tranchante.

1053. Mais le don manuel ne perd-il pas son efficacité virtuelle, lorsqu'au lieu d'être actuel, irrévocable et absolu, il est soumis à l'événement de la mort et dégénère en une donation à cause de mort (2)?

L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour de Bordeaux, du 8 août 1853 (3), dont nous ne voudrions pas accepter tous les motifs comme exprimant d'in-

(1) N°s 146 et suiv.
(2) V. les exemples cités ci-après.
(3) *Gazette des Tribunaux*, 26 octobre 1853.

contestables vérités (1), mais qui, au fond, consacre une décision très-légitime. Il existe, dans le même sens, un arrêt plus célèbre de la cour de Paris du 4 mai 1816, dans l'affaire des manuscrits de Marie-Joseph Chénier (2). Chénier, au lit de mort, avait donné à madame de Lesparda, son amie, une partie de ses manuscrits. Il avait vidé les cartons qui les contenaient et lui en avait fait livraison. Cette dame soutint, contre les héritiers naturels de Chénier, qu'elle était propriétaire de ces manuscrits. Ceux-ci prétendirent, au contraire, que madame de Lesparda n'était que dépositaire et donataire sous la condition de la mort de Chénier; la preuve en est, dirent-ils, que s'il fût revenu à la santé, la dame de Lesparda ne se serait pas crue dispensée de lui en faire la restitution. Si l'idée de don s'est mêlée à l'acte de Chénier, le don a été subordonné, dans sa pensée, à l'événement de sa mort; ainsi l'agissement ne peut se traduire que dans un dépôt et dans une donation à cause de mort, et il manque des formalités voulues par la loi pour le rendre valable; car les donations à cause de mort ne sont valables que dans la forme des testaments.

Ce système prévalut devant la cour de Paris dont l'arrêt est ainsi conçu :

« Considérant, en droit, que la tradition de manus-
» crits de la part d'un auteur mourant, ne pouvant
» être faite que dans la vue de la mort, doit être ré-
» putée donation à cause de mort, et comme telle

(1) *Suprà*, n° 44. *In fine* à la note.
(2) Devill., 5, 2, 138.

» soumise aux formalités des testaments. — Consi-
» dérant que des faits et circonstances de la cause,
» il résulterait, au plus, la présomption d'un dépôt
» aux mains de la femme Lesparda, etc. »

Cet arrêt n'a pas l'assentiment de M. Merlin (1). Cet auteur pense qu'une donation manuelle à cause de mort n'est pas moins valable qu'un don manuel entre-vifs, et il n'approuve pas la cour de Paris d'avoir exigé, pour le don en question, le concours des formalités testamentaires. Mais il me paraît douteux qu'un don manuel à cause de mort puisse valoir, comme le veut M. Merlin.

En général le Code Napoléon n'a pas vu avec faveur les fidéicommis et transmissions latentes qui peuvent nuire aux héritiers. L'art. 1939 en est la preuve (2). Cet article veut que le dépositaire, chargé verbalement par le déposant de rendre la chose à un tiers étranger, ne puisse accomplir cette charge après la mort de ce même déposant; il veut que, nonobstant tout ordre et recommandation, la chose soit rendue aux héritiers, et il le veut ainsi parce qu'il voit, dans la charge de remettre à un tiers un fidéicommis soumis à la condition du décès, un legs véritable qui, n'étant pas fait dans les formes testamentaires, ne saurait valoir. Ceci posé, comment la loi pourrait-elle consentir à laisser le dépositaire maître de se transmettre la chose à lui-même? Est-ce que le mandat qu'il a reçu n'est pas révoqué, aussi

(1) Quest. de droit, v° *Donation*, § 6.
(2) Mon comm. du *Dépôt*, n° 150. *Infrà*, n° 1076.

bien que le mandat dont il aurait été investi pour transmettre à un autre?

Faisons-y bien attention! Supposer, comme l'a fait la cour de Paris dans son appréciation souveraine des faits, que la donation est faite à cause de mort, c'est supposer que le donataire n'est pas saisi à titre de propriétaire du vivant du donateur; c'est déclarer implicitement, mais nécessairement, qu'il n'est que dépositaire et possesseur précaire; que le déposant se réserve de reprendre la chose; qu'il a le droit de révoquer ce qui a été fait (1).

Dans de telles circonstances, on ne saurait apercevoir ici les conditions substantielles de la tradition qui fait la force des dons manuels. M. Merlin demande pourquoi l'art. 893 du Code Napoléon, qui ne fait pas obstacle à la validité du don manuel entre-vifs, ferait obstacle à la validité d'un don manuel à cause de mort? « Si la tradition seule, dit-il, suffit » pour consommer l'un, par quelle raison serait-elle » insuffisante pour consommer l'autre (2)? »

Cette raison est cependant bien éclatante et je m'étonne qu'elle ait échappé à la sagacité de M. Merlin : c'est que la tradition qui fait le don manuel est absolue, irrévocable, pleine et entière; au lieu que la tradition de la donation à cause de mort est précaire et révocable.

1054. Du reste, il n'est pas vrai dans tous les cas que le don manuel d'un manuscrit pour le publier

(1) Voy. ci-dessus, nos 42 et 43.

(2) Quest. de droit, *loc. cit.*, § 6, p. 456, col. 1.

après la mort du donateur, soit une donation à cause de mort. Tout dépend des circonstances, et de l'intention. Si, dans l'affaire Chénier, les faits se prêtaient à la donation à cause de mort, il est possible que dans d'autres hypothèses, ils établissent que le don a été fait irrévocablement, absolument, par le donateur de son vivant, et que ce soit seulement le droit de publier qui soit différé après la mort (1). C'est alors un don manuel parfait par la seule tradition. Les arrêtistes n'ont pas assez remarqué cette nuance.

1055. Quand la remise d'un manuscrit est constatée par une lettre, on ne peut plus dire que ce soit le cas du don manuel, dont nous nous occupons ici, et qui repose dans la seule possession et sur l'art. 2279 du Code Napoléon ; l'écrit fixe le caractère de l'agissement, et l'on doit s'attacher à en saisir la pensée. C'est ce qu'a fait la cour de Paris dans un arrêt du 10 décembre 1850 rendu dans l'affaire de la dame Louise Collet (2).

1056. On vient de voir qu'on peut donner manuellement le manuscrit (3) d'un ouvrage littéraire. Car un manuscrit est un objet corporel qui tombe sous l'empire de l'art. 2279. Le droit de le publier n'est qu'une suite de la transmission du droit de propriété déjà parfaite par la tradition manuelle.

On peut donner aussi manuellement toute sorte

(1) Bordeaux, 4 mai 1843 (Devill., 43, 2, 479).
(2) 1re chambre (Devill., 50, 2, 625).
(3) Salviat, *quæst.* 18.

d'objets mobiliers, de l'argent, des médailles, des monnaies (1), des bijoux, etc.

1057. On peut également donner manuellement des titres de rentes et de créances, des actions, des billets de commerce. Mais il y a ceci à remarquer : c'est que les dons manuels de ces sortes de choses ne se soutiennent pas par la seule remise, comme les dons manuels des autres choses corporelles. Il faut encore que le détenteur justifie que la transmission lui en a été faite dans la forme propre à ces sortes de titres pour en attester l'aliénation.

Ainsi, par exemple, un effet de commerce ne saurait être manuellement donné qu'autant qu'il est revêtu d'un endossement. Ce point est constant en jurisprudence.

Remarquons ici, que c'est à tort qu'on répète souvent, *et usque ad nauseam*, que ce sont là des dons manuels de choses incorporelles. Comment pourrait-on donner manuellement une chose abstraite, une chose qui n'aurait pas de corps ? Mais on donne un titre et, avec ce titre, les droits, actions et émoluments qui y sont attachés.

1058. On ne va pas jusqu'à repousser l'endossement en blanc d'un effet négociable (2), bien qu'en général, cette sorte d'endossement soit irrégulière ; il suffit ici, qu'il puisse valoir comme procuration.

(1) Bordeaux, 4 mai 1843 (Devill., 43, 2, 479).

(2) Cassat., 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 621). 12 décembre 1815 (Devill., 5, 1, 122). Pau, 10 mars 1840 (Devill., 42, 2, 82).

Car, on est autorisé à penser que le donataire a été saisi à l'égard des tiers, en vertu du droit (à lui conféré implicitement) de compléter l'endos à son profit, de toucher le montant de l'effet de commerce et de l'appliquer à son profit.

1059. Que si le titre n'était pas négociable, un endossement irrégulier pourrait n'être pas pris en considération par les juges.

Une reconnaissance de prêt de 11,270 fr. 70 c. avait été souscrite à Dumenil-Lamillerie, par la maison de banque David Fombelle. Cette reconnaissance n'était pas dans la forme d'un effet au porteur ni d'un billet ou promesse transmissible par la voie de l'endos. Dumenil-Lamillerie, voulant en faire don à Gerardot Fombelle, lui remit cette reconnaissance en écrivant au dos : « Payez à l'ordre de M. Fombelle » au Blanc. 27 septembre 1838. »

Elle fut en effet acquittée. Le donateur mourut : ses héritiers actionnèrent Gerardot Fombelle ; et comme l'endossement ne portait pas mention de valeur fournie, les héritiers soutinrent qu'il était nul et insuffisant pour produire effet à leur égard. Voici leur raisonnement : S'il est vrai qu'un contrat à titre onéreux puisse servir de manteau à une donation, toujours est-il, qu'il faut que ce contrat soit valable en la forme. Or, ici, l'endossement ne vaut rien comme endossement, d'autant qu'il s'applique à un titre non négociable. Veut-on que ce soit une cession? Mais il n'y a pas de prix stipulé, et sous ce rapport encore, l'acte manque d'une condition d'existence. Ainsi, nullité au point de vue d'un contrat onéreux; nullité

au point de vue d'une donation proprement dite, puisque le donateur s'est placé en dehors des solennités de la donation.

Ce système fut adopté par arrêt de la cour de Bourges, du 10 février 1841, confirmé par arrêt de la chambre des requêtes du 1er février 1842 (1).

Cette décision de la cour de Bourges peut être considérée comme sévère, et c'est ainsi que le rapporteur, M. Duplan, l'avait envisagée. Mais il est évident que les qualifications, qui avaient prévalu devant la cour de Bourges, mettaient obstacle au pourvoi en cassation.

1060. Le transfert d'une rente sur le grand-livre, opéré sur la tête de celui à qui on veut la donner, est la voie ordinairement suivie pour opérer cette libéralité. C'est une voie régulière, et l'on prétendrait vainement que les formalités des donations n'ont pas été suivies (2).

C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par un arrêt du 24 juillet 1844 (3), qui a eu une certaine notoriété, et qu'il faut faire particulièrement connaître parce qu'il n'a pas toujours été bien compris.

Henri Foyen, dit Caffin, avait fait passer la nue propriété de ses rentes sur la tête de Philippe-Prosper Foyen, mineur, au moyen d'un transfert, du 16 février 1824. Ce Philippe-Prosper Foyen était fils naturel d'Élisabeth-Rosalie Foyen, fille naturelle de

(1) Devill., 42, 1, 203.
(2) Cassat., 19 août 1823 (Devill., 7, 1, 315).
(3) Cassat., 26 juillet 1844 (Devill, 44, 1, 787).

Caffin (1), et plus tard légitimée par lui. La mère mourut avant son fils, et ce dernier, à son tour, mourut, après Caffin, sans aucun héritier. Le fisc appréhenda sa succession.

Caffin avait laissé une veuve, sa donataire universelle. Celle-ci prétendit que le transfert du 24 juillet 1824 masquait une donation ; que cette donation n'avait pas été acceptée; qu'elle ne pouvait pas produire d'effet aux termes de l'article 932 du Code Napoléon ; qu'ainsi la rente en question faisait partie de la succession de son mari à elle dévolue. Un arrêt de la cour de Paris, du 16 juin 1842, consacra ce système (2).

Cet arrêt ne pouvait manquer d'être cassé, et il le fut, en effet, par l'arrêt précité de la chambre civile ; arrêt très-net et très-ferme, rédigé avec précision et logique, et dont on contesterait vainement la puissance (3). L'inscription prouve la propriété; or, que la propriété provienne d'une donation ou d'un achat, peu importe : la preuve est complète par l'inscription; il n'y a rien de plus à exiger du porteur.

Sans doute, si la donation cachait une fraude, elle ne saurait se soutenir. Mais rien de pareil n'est allégué dans l'espèce. On ne critique la donation que pour défaut d'acceptation. Or, l'acceptation résulte ici implicitement, nécessairement du contrat adopté ;

(1) Voy. l'arrêt d'Orléans du 9 juillet 1845 (Devill., 46, 2, 114).

(2) Devill., 42, 2, 361.

(3) C'est ce qu'essaye cependant de faire M. Devilleneuve, 46, 2, 108, 109.

elle n'est pas assujettie à des justifications particulières; le transfert, étant la forme choisie, doit être pris dans les conditions ordinaires de son existence. La preuve de la consommation de l'affaire est donc pleine et entière. L'agent de change a été le mandataire légal du nouveau créancier dans la forme particulière à ce genre d'acte.

1061. L'affaire ayant été renvoyée à la cour d'Orléans, une consultation essaya de donner à l'affaire un aspect nouveau (1). D'abord, on voulut ébranler l'arrêt de la cour suprême, en lui prêtant des conséquences abusives; on le signala comme pouvant donner naissance aux fraudes les plus graves et investir le père de famille du droit d'éluder, par le moyen de transferts simulés, toutes les prohibitions (2). Or, il n'y a pas une apparence de cela dans l'arrêt; il y a tout le contraire.

Sous un autre point de vue, on attaqua la donation comme faite à un incapable. Le donataire était fils de la fille naturelle du donateur; il était, disait-on, personne interposée dans l'intérêt de sa mère naturelle. Mais celle-ci avait été légitimée par son père; elle n'était donc frappée d'aucune incapacité, et l'interposition de personne était un non-sens. Il était clair que c'était son fils, seul, que Caffin avait voulu gratifier; et ce fils, à son tour, n'appartenait

(1) Devill., 46, 2, 108, 109.

(2) V. *loc. cit.*, la consultation délibérée par Me Huet et à laquelle avaient adhéré MM. Philippe Dupin, Duvergier et Paillet.

au donateur par aucun lien de parenté légitime; étranger à ce même donateur, sous le rapport légal, il pouvait recevoir, comme tout autre, l'avantage qui lui avait été fait.

Enfin, on reproduisait le moyen tiré du défaut d'acceptation. Mais sur ce point, aussi bien que sur les autres, la cour d'Orléans repoussa la prétention insoutenable des adversaires du fisc (1).

1062. De tout ceci, il résulte que le transfert suffit, avec ses formes ordinaires, pour prouver la transmission de propriété, et je ne conçois pas que les arrêtistes aient élevé des doutes sur la légitimité de cette jurisprudence (2). Le donataire est saisi, à titre de propriétaire, avec une régularité complète, et de la manière la plus irrévocable. Ce sera, si l'on veut, une donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux. Mais nous verrons bientôt que cette manière de donner est aussi efficace que la donation faite directement.

1063. La digression, à laquelle nous venons de nous livrer, a été un peu longue. Le don manuel s'est présenté à nous, dès nos premiers pas, dans le commentaire de l'article 931 ; il a fallu traiter avec détail ce point délicat; et du don manuel, nous avons été entraînés à nous occuper des donations de créances que souvent on a mises, à tort, sur la même ligne.

Revenons aux dispositions de l'article 931.

(1) 9 juillet 1845 (Devill., 46, 2, 108).
(2) M. Devilleneuve.

Cet article, dont la sévérité s'explique par les raisons d'ordre public que nous avons exposées ci-dessus (1), est appliqué d'une manière très-rigoureuse aux donations directes, c'est-à-dire aux donations proprement dites, qui se font dans le but avoué de donner et dans la manière spécifique tracée par la loi.

Supposons donc qu'une personne veuille faire une donation, et qu'elle la fasse par acte sous seing privé. Une donation directe sous seing privé est une monstruosité, et la loi ne la reconnaît pas, alors même que cet acte aurait été déposé chez un notaire, enregistré et transcrit au bureau des hypothèques (2). Les tribunaux ne sauraient avoir égard à des volontés qui ont pu être égarées par des formes trompeuses. Il n'y a, pour eux, de volonté réelle que celle qui a été manifestée dans les formes exigées par la sagesse de la loi (3).

1064. La nullité est tellement grave et radicale, que le donateur peut en exciper (4); la raison en est que les solennités des donations sont de droit public, et que la volonté du donateur n'en peut dispenser (5).

Bien plus, le donateur essayerait en vain d'en

(1) N° 1036.

(2) Pothier, *Introd.* au tit. 15 *De la coutume d'Orléans*, n° 28. MM. Merlin, v° *Donation ;* Toullier, t. V, n° 173.

(3) Cassat., 8 novembre 1848 (Devill., 48, 1, 684). Id., 7 décembre 1846 (Devill., 47, 1, 69).

(4) Pothier, *Donat.*, sect. 2, art. 4. Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 761, *et Transaction*, § 5, n° 4.

(5) Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 5 et 8.

couvrir et réparer les vices par un acte confirmatif. La donation étant nulle en la forme, il faut, suivant l'art. 1339, qu'elle soit refaite en la forme légale. C'est, en effet, une règle de droit que, *confirmatio nihil novi juris addit;* la confirmation d'une chose nulle par défaut de forme intrinsèque ne peut produire d'effet, qu'autant qu'elle contient elle-même une nouvelle manifestation de volonté revêtue de toutes les solennités du droit. Mais alors ce n'est pas comme acte confirmatif qu'elle vaut, c'est plus comme acte primitif et *per se stans.*

Ainsi, le donateur peut toujours faire annuler sa donation, quelque confirmation qu'il en ait faite, quelqu'exécution qu'il lui ait donnée volontairement (1). Cette exécution, quoi qu'en ait dit M. Toullier (2), ne peut être opposée au donateur; car il ne faut pas lui donner plus de force qu'à l'acte même dont elle est la suite. Si l'acte est nul, et que cependant on veuille le valider au moyen de cette exécution, c'est la même chose que de dire que lorsqu'il y a tradition (même de choses immobilières), on peut donner sous seing privé; doctrine insoutenable, puisque toutes les fois qu'on rédige un acte de donation, il est indispensable qu'il soit dressé dans la forme notariée, soit qu'il y ait ou non tradition (3).

1065. A l'égard des tiers, il n'en est pas de même. C'est principalement dans leur intérêt que le législa-

(1) Art. 6 de l'ord. de 1731.
(2) T. V, n° 190.
(3) Merlin, Répert., v° *Donation*, p. 86, § 7. *Infrà*, n° 1090.

teur a introduit les formalités de la donation; ils peuvent donc renoncer à cet intérêt, soit tacitement, soit d'une manière explicite. Au nombre de ces tierces personnes que ces formes intéressent, sont les héritiers ou ayants cause du donateur. Si après la mort de ce dernier, ils confirment ou ratifient sa donation, s'ils l'exécutent volontairement, il en résulte qu'ils renoncent à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception (1).

1066. Inutile de dire que les héritiers du donateur peuvent être admis à quereller les vices de forme de la donation, malgré l'exécution qu'y a donnée leur auteur. On ne pourrait ici leur opposer le fait de celui dont ils tiennent leurs droits; car ce n'est pas de lui qu'ils tirent le pouvoir de faire annuler la donation pour vice de formes. C'est un droit que la loi leur accorde personnellement, puisque c'est principalement dans leur intérêt que le législateur a établi les solennités de la donation. Le fait de leur auteur ne peut donc les lier; leur droit demeure entier (2). Il y a longtemps que ce principe est admis chez les jurisconsultes. La loi *Lucius* 32, D. *de Donat.*, en porte une décision qui a beaucoup d'analogie avec la nôtre, et Cujas l'enseigne fort doctement dans l'interprétation qu'il donne de cette loi (3).

(1) Art. 1340 C. Nap. M. Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 761. M. Zachariæ, t. V, p. 60.

(2) Merlin, Répert., v° *Acte sous seing privé*, p. 96.

(3) *Quæst. Papin.*, lib. 29, sur la loi 27. D., *De donat.*

1067. En résumé, il est de la dernière importance de se conformer à la loi sur la forme des donations. Ce n'est pas sans de graves motifs que la loi s'est décidée à prononcer la peine de nullité contre l'inobservation de ces formalités. Les juges ne doivent pas capituler en pareille matière, et se montrer plus indulgents que le législateur.

1068. Il y a quelque chose de particulier aux actes contenant donation d'effets mobiliers. C'est qu'ils doivent être accompagnés d'un état estimatif signé du donateur et du donataire, et qui reste annexé à la minute de la donation (art. 948). Ainsi la loi exige la réunion de deux conditions pour la validité de l'acte d'une pareille donation : 1° acte notarié ; 2° état estimatif annexé à la minute. Nous nous étendrons davantage, à cet égard, sous l'art. 948 (1). Nous nous bornerons ici à un point qui se lie à ce que nous avons dit précédemment du pouvoir du donateur pour faire annuler l'acte de donation dépourvu des solennités du droit.

M. Toullier (2) pense que, s'il n'y avait pas d'état estimatif, et que cependant, après l'acte de donation, le donateur eût fait la délivrance des meubles, il ne pourrait les réclamer. Car la donation deviendrait un don manuel qui n'a pas besoin de titre. La possession en tient lieu.

(1) *Infrà*, n°s 1229 et suiv.

(2) T. V, n° 180. *Junge* M. Duranton, t. VIII, n° 390. M. Zachariæ, t. V, p. 68. *Contrà*, M. Dalloz, t. V, p. 335, n° 6.

Mais il est facile de répondre que c'est une règle triviale en droit, qu'il vaut mieux n'avoir pas de titre que d'en avoir un vicieux. S'il n'eût point été rédigé d'acte de donation, c'est alors que la donation serait purement manuelle, et que la possession vaudrait titre. Mais, dans le cas posé par M. Toullier, il y a eu un acte rédigé, ce qui montre que les parties ont jugé convenable de faire dépendre de cet acte, la preuve de la donation. Or, cet acte est nul par défaut de forme. Donc, le possesseur des meubles, qui tire sa possession de cet acte, ne peut argumenter de cette possession, puisqu'elle est fondée sur un titre nul, et qu'elle est par conséquent vicieuse. Lors de la première rédaction de l'art. 948, il était ainsi conçu : » Toute donation d'effets mo- » biliers, s'il n'y a point tradition réelle, sera nulle » s'il n'a été annexé à la minute un état estimatif. » Mais cette rédaction fut rejetée, et l'on y substitua celle que présente l'art. 948, et cela sur l'observation faite par M. Tronchet : « Que toutes les fois que » la donation est faite par acte, elle doit être accom- » pagnée d'un état, même quand il y a tradition » réelle (1). » Il nous semble que cette observation tranche la difficulté. M. Toullier argumente de l'art. 1340 du Code Napoléon. Mais cet article n'est applicable qu'aux héritiers du donateur; il fait même un contraste frappant avec l'art. 1339, qui ne veut pas que le donateur puisse couvrir, par aucun

(1) M. Fenet, t. XII, p. 373, dit : « Même quand il n'y a pas » de tradition réelle, » ce qui est un contre-sens.

acte confirmatif, le vice d'une donation nulle en la forme (1). Au reste, nous aurons occasion de revenir sur ce point dans notre commentaire de l'article 948 (2).

1069. Des donations directes, dont nous venons de nous occuper, il faut passer aux donations avec charge et qui présentent un mélange d'obligations onéreuses et de libéralités (3). On sait que les donations, où les charges sont presque l'équivalent de la libéralité, ne sont pas de véritables donations : *non propriè donatio appellabitur*, dit Julien (4). Ce sont des contrats innommés, *do ut des, facio ut facias*, des espèces d'échanges de prestations mutuelles (5). Il n'est pas toujours facile de distinguer les cas de do-

(1) Furgole dit cependant que, si le donateur s'était actuellement dessaisi au moment de l'acte de donation, la formalité de l'état estimatif (prescrit aussi par l'art. 15 de l'ord. de 1731) serait inutile, et il présente son opinion comme indubitable. Mais l'on peut dire que, sous cette ordonnance, le défaut d'acte estimatif ne rendait pas la donation nulle, il ne faisait que priver le donataire d'une action pour réclamer les meubles trop vaguement donnés (*voy.* cet art. 15) ; au lieu que le Code dit positivement que la donation ne sera pas valable (948). Il semble que ces mots entraînent une nullité absolue, tandis que l'art. 15 ne faisait que refuser une action ; or, lorsque les meubles avaient été livrés, l'art. 15 disparaissait, puisque le donataire avait les meubles sans action et qu'il les conservait par une exception.

(2) *Infrà*, n° 1235 et suiv.

(3) *Suprà*, n° 63.

(4) L. 1, D., *De donat.*

(5) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 32, n° 6.

nation véritable et de contrat innommé (1). On doit peser les circonstances ; elles ont, en pareille matière, le plus grand empire.

Lorsque, par exemple, la charge est considérable et qu'elle est pour le profit et l'avantage du donateur, dans ce cas il est probable que ce dernier n'a pas donné pour exercer une pure libéralité ; c'est une cause intéressée et non gratuite qui l'y a déterminé. Mais quand la charge est imposée pour une tierce personne, sans que le donateur en tire aucun profit, il est plus vraisemblable que l'acte conserve le caractère d'une libéralité spontanée. Ainsi, si je donne 10,000 fr. à Titius avec charge qu'il payera 2,000 fr. à Caïa, le jour de son mariage, j'agis par un pur esprit de bienfaisance ; je donne dans toute l'étendue du mot ; je fais une véritable donation (2).

1070. De la différence entre les donations proprement dites, et celles qui ne le sont qu'imparfaitement, il résulte une conséquence importante : c'est que si les premières doivent être rédigées dans la forme authentique, les autres ne peuvent y être astreintes, puisque ce ne sont pas des dispositions à titre gratuit. Si, par exemple, je vous donne le domaine d'un emplacement dont je suis propriétaire, afin que vous y bâtissiez une maison dont j'aurai la moitié, ce contrat innommé, dont nous puisons l'espèce dans la loi 13, § 1, D. *De præscript. verbis* (3), ne devra pas être passé dans la forme des

(1) *Suprà*, n° 355.
(2) Ricard, *Donat.*, part. 1, n°s 1101 et suiv.
(3) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 454, n° 22.

donations ordinaires; rien n'empêche qu'il ne soit rédigé sous seing privé. *Sed et hæ stipulationes quæ ob causam fiunt, non habent donationem* (1). On peut mettre sur la même ligne les aliénations à rente viagère ou à charge d'usufruit, dont parle l'art. 918 du Code Napoléon ci-dessus.

Nous en dirons autant d'un abandon fait par une personne à une autre à charge de la nourrir, vêtir, loger, supporter les incommodités de sa vieillesse; faire faire ses funérailles. Il y a là un contrat innommé, une convention aléatoire, où l'on peut dire avec les docteurs : *Commodum si quod sit, pendet omnino ex eventu* (2).

1071. Il pourrait arriver que la charge imposée au donataire ne fût pas un équivalent de la chose donnée. Ce serait alors un contrat mixte qui tiendrait de la donation et des contrats à titre onéreux. Si ce contrat était fait en fraude de la quotité disponible, on pourrait le réduire jusqu'à due concurrence dans ce qu'il aurait de gratuit (3). Mais on ne pourrait, sous prétexte de donation, l'annuler s'il était fait sous seing privé. Car, participant du titre onéreux qui comporte l'acte sous seing privé, il faudrait se décider, dans cette alternative, pour le parti de la validité. « *Magis est ut valeat, quam pereat dispositio.* »

(1) L. 19, § 5, D., *De donat.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 33, n° 5.

(2) Arrêt du parlement de Paris du 18 avril 1587 (Louet, lettre *D*, somm. 22).

(3) L. 5, § 5, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

1072. Que si la charge imposée au donataire, pour le profit du donateur, était une de ces charges qui, quoique non exprimées, sont toujours sous-entendues dans toute donation, cette charge, quoique expressément stipulée, ne ferait pas que la donation ne fût pas à titre purement gratuit. Ainsi, si le donateur imposait au donataire la charge de le nourrir, en cas d'indigence, comme le gratifié doit toujours des aliments à celui qui s'est dépouillé en sa faveur (article 955), et que cette obligation est de droit, il faudrait décider que la donation ne serait pas valable si elle n'était faite dans la forme authentique (1).

1073. Les mêmes points de vue se présentent quand on porte son attention sur les donations rémunératoires (2). On a beaucoup discuté, cependant, sur la question de savoir si les donations rémunératoires sont sujettes ou non aux formalités de notre article (3). En théorie, on peut discuter là-dessus à l'infini. Mais à quoi bon ces tournois scolastiques? Au Palais, où tout se traduit d'une manière précise, on tient pour constant que cette question dépend beaucoup du point de fait et que l'on ne saurait la résoudre d'une manière absolue. Si l'acte est moins une donation qu'une dation en payement pour des services appréciables, il peut se passer des formali-

(1) Ricard, *Donat.*, part. 1, n° 1103.

(2) Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 22.

(3) M. Toullier, t. V, n°s 186 et suiv., est pour la négative; M. Merlin pour l'affirmative (Répert., v° *Donation*, p. 155).

tés des donations (1). Telle serait la constitution d'une rente viagère, par acte sous seing privé, à un domestique qui aurait rendu de longs et anciens services. Ce serait alors une obligation ordinaire, plutôt qu'une donation (2), « ou, comme le dit Cujas, un échange » plutôt qu'une libéralité. » *Permutationes potiùs sunt beneficiorum quàm donationes* (3) ; ce qui est d'accord avec les propres expressions d'Ulpien, *genus quoddam permutationis* (4), et avec les principes de Labéon, « *Extrà causam donationum esse talium officiorum mer-* » *cedes* (5). »

1074. Mais si la donation ne présente pas le caractère d'échange, de *datio in solutum,* qui fait le véritable contrat onéreux; si elle n'a pour cause qu'un sentiment de reconnaissance agissant dans le for intérieur, elle n'est qu'une donation ordinaire, et elle en doit revêtir les formes solennelles.

En effet, ces donations sont faites *nullo jure cogente.* Aucun lien de droit n'y force le donateur, et le donataire n'a aucune action pour l'y contraindre (6).

(1) Colmar, 10 déc. 1808 (Devill., 2, 2, 446) Id., 18 juillet 1809 (Devill., 3, 2, 103). Bordeaux, 24 mars 1835 (Devill., 35, 2, 412). Douai, 4 avril 1843 (Devill., 43, 2, 483). Caen, 19 mai 1841 (Devill., 42, 2, 11). Cassat., 3 fév. 1846 (Devill., 46, 1, 502).

(2) *Suprà*, n° 960.

(3) Sur la loi 27, D., *De donat.* (*Quæst. Papin.*, lib. 29).

(4) L. 25, § 1, D., *De hæred. petit.*

(5) L. 19, D., *De donat. Junge* l. 34, § 1, D., *De donat.* (Paul).

(6) C'est l'opinion de Pothier, *Donat. entre-vifs*, sect. 2, art. 3, § 1.

Inutile de dire, avec M. Toullier, « que les lois de » l'honneur prescrivent la reconnaissance (1). » A la bonne heure! Mais il y a mille manières de témoigner sa reconnaissance autrement que par la donation de son bien. Beaucoup ne voudraient pas accepter d'autre récompense de leurs services que des sentiments affectueux, qui ont plus de prix dans l'ordre moral que les récompenses pécuniaires; beaucoup, d'un autre côté, devant leur patrimoine à leurs enfants et à leurs familles (2), ne pourraient pas exprimer leur gratitude par la ruine des leurs. Il n'y a donc ici aucun lien de droit; tout se fait spontanément, cordialement, suivant les lois du for intérieur. Si la reconnaissance va jusqu'à déterminer une donation, ce n'est pas qu'il y ait une obligation précise; c'est un mouvement du cœur qui agit, *nullo jure cogente.*

En pareil cas, il ne faut pas perdre de vue l'article 893 portant « qu'on ne peut disposer à titre » gratuit que par donation ou testament dans les » formes particulières (3). »

(1) *Loc. cit.*

(2) Mantica, *De conject. ult. volunt.*, lib. 12, t. VI, n° 17.

(3) Voët, qui écrivait d'après l'autorité des lois romaines, n'a pu s'empêcher de classer la donation rémunératoire parmi les donations parfaites : « *Si enim,* dit ce judicieux » auteur, *factam ob præcedentia merita donationem velis im-* » *propriam esse, vix erit, ut ullam donationem propriam in-* » *venias, dùm plerùmque donantes ex præcedente causâ ad* » *absolutam et irrevocabilem liberalitatem moveri solent ; et do-*

Ce sont ces raisons qui avaient déterminé le législateur de 1731 à ne pas adopter l'opinion des docteurs plus anciens qui avaient excepté les donations rémunératoires des donations proprement dites (1). Aujourd'hui, comme sous l'ordonnance de 1731, les seules donations rémunératoires qui échappent aux prescriptions de l'art. 931 sont celles qui servent à payer des services précis, appréciables en argent, et pour lesquels le donataire aurait eu une action en justice (2). Ceci dépend des circonstances, et l'équité du juge sait ordinairement les discerner avec justesse.

1073. Aux donations rémunératoires pour services appréciables, on peut assimiler une donation faite pour l'accomplissement d'une obligation naturelle, très-étroite, de donner des aliments.

Par exemple, l'obligation de payer une pension viagère à une sœur dans l'indigence, n'a pas absolument besoin d'être passée dans la forme authentique (3). A la vérité, cette obligation ne pourra se traduire par une action en justice. Mais l'honneur la délicatesse et la nature en font un devoir si précis

» *natio sine ullâ præcedente causâ ad donandum impellente* » *profusio magis ac prodigalitas, quàm liberalitas est.* » (*Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n° 3 *in fine.*)

(1) Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 3 et autres très-nombreux. *Contrà*, Ricard, *Donat.*, part. 1, n° 1097. Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 22.

(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) Douai, 6 mai 1825 (Dalloz, 27, 1, 7).

qu'il y a une cause évidente d'obligation. Remarquez, en outre, que ceci ne ressemble pas à la donation rémunératoire, qui est d'autant moins obligatoire que la reconnaissance peut se traduire par d'autres services. Ici, il n'y a pas de milieu : l'obligation naturelle parle d'une manière précise ; il faut qu'elle se résolve en aliments, sous peine d'être dérisoire.

1076. Nous avons parlé ci-dessus (1) d'un genre de libéralité tout particulier : ce sont les remises de dettes qui ont toujours été environnées de tant de faveur qu'on n'exige pas de formalités pour les faire valoir. Ce sont, d'ailleurs, des distrats plutôt que des contrats : *distractus potiùs quàm contractus ;* elles peuvent être faites par lettres missives ou de toute autre manière (2).

Quelquefois les remises de dette se font sous forme de fidéicommis. Par exemple : Prima, malade, à son lit de mort, dit à Secundus : « Voilà un titre de dix » mille francs que j'ai sur Tertius. Si je meurs, vous » lui en ferez la remise. » Aucun acte n'est dressé. Prima meurt. Que doit faire Secundus dépositaire? Doit-il remettre à Tertius le titre confié à sa foi? ou bien doit-il le remettre aux héritiers de Prima? Par arrêt de la cour d'appel de Paris du 1er décembre 1850, sous ma présidence, il a été jugé que cette question devait être jugée par les principes du dépôt,

(1) N° 49.

(2) Favre, C., l. 2, t. XXXVI, déf. 4. Limoges, 9 juillet 1821 (Devill., 7, 1, 217).

et que le titre devait être remis aux héritiers (1) (art. 1939). Il aurait fallu un acte de dernière volonté pour qu'il en fût autrement (2).

1077. A cet arrêt on peut opposer, et on opposait, en effet, dans la discussion, un arrêt de la cour de cassation du 2 avril 1823, rendu dans les circonstances que voici (3) :

Hyacinthe Ardant était créancier de son frère Ardant Marsac d'une somme d'argent. Partant pour une expédition militaire, il dressa une quittance de cette somme, et la remit avec les titres à un sieur Duclos, pour que ce dernier délivrât le tout, en cas d'accident, à Ardant Marsac.

Hyacinthe Ardant perdit la vie dans la bataille. La dame Ardant prétendit que cette disposition n'était pas valable (4); que c'était une remise de dette subordonnée à la condition du décès, c'est-à-dire une donation à cause de mort; que le donateur n'était pas dessaisi; qu'il restait maître, jusqu'à son décès, de retirer des mains du dépositaire, la quittance, et que le donataire n'avait pas le droit de se la faire remettre avant le décès.

Néanmoins, la cour de Limoges se prononça pour la validité de la donation et sur le pourvoi il intervint un arrêt de la cour de cassation du 2 avril 1823, qui rejeta la requête (5).

(1) Arrêts conformes, Paris, 1er mars 1826 (Devill., 8, 2, 200); Bordeaux, 5 février 1827 (id., 8, 2, 326 et 327).

(2) *Suprà*, nos 1052, 1053, 1054. Mon comm. du *Dépôt*, no 150.

(3) Devill., 7, 1, 217.

(4) D'après M. Grenier, t. I, no 10.

(5) Devill., 7, 1, 217.

« Attendu que, d'après l'art. 1282 du Code civil, » la remise de la dette n'est assujettie à aucune » formalité; qu'elle peut donc être simple ou condi- » tionnelle, directe, ou par intermédiaire ; qu'en ju- » geant, en conséquence, que la quittance remise » par Hyacinthe Ardant, créancier de Duclos, pour la » délivrer, en cas d'accident, à son frère, son débi- » teur, était valable, l'arrêt s'est conformé à la lettre » et à l'esprit dudit article. »

Pour défendre cet arrêt, on peut recourir aux observations que nous avons présentées, à cet égard, dans notre commentaire du *Dépôt* (1). Tout dépend de la question de savoir si le donataire avait accepté la donation du vivant du donateur, par l'intermédiaire du dépositaire, son *negotiorum gestor*. Dans ce cas, elle n'était plus révocable ; elle était irrévocable, quoique soumise à une condition. Le donateur ne retenait pas en donnant ; il s'était dessaisi (2). C'est cet aspect qui a dominé dans la cause, et qui a procuré au donataire le gain du procès. S'il en eût été autrement, la dame Ardant aurait dû triompher (3).

1078. Il peut arriver que la remise de dette se fasse par une quittance fictive, donnée par le créancier à son débiteur qu'il veut libérer. Cette donation déguisée n'est pas moins valable que celles qui se font par les moyens analogues exposés ci-dessous. Il faut pourtant que la quittance n'ait pas été donnée

(1) N°s 150 et suiv. Voy. Devill., 46, 2, 105, note 3.
(2) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 194.
(3) *Suprà*, n° 1053.

par erreur ou par surprise, et que si elle n'a pas pour cause un payement réel, elle procède du moins d'une pensée réfléchie de libéralité. Que s'il résulte des circonstances que la quittance n'a pas été donnée en pleine connaissance de cause et avec une volonté bien arrêtée, le débiteur restera débiteur de la somme. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de Bordeaux du 23 janvier 1852 (1). Nous n'irons pourtant pas jusqu'à dire, avec cet arrêt, qu'il ne suffit pas au débiteur de présenter sa quittance, et qu'il doit prouver encore qu'elle émane d'une volonté bien réelle de le gratifier : ce serait trop exiger du débiteur, et il n'est tenu de faire cette preuve qu'autant que, comme dans l'espèce jugée par cet arrêt, il résulterait des indices constants au procès, que la quittance ne peut se rattacher ni à un payement ni à une libéralité réfléchie.

1079. Les renonciations à une prescription acquise sont des actes exempts des formalités des donations, bien qu'ils aient quelque chose de gratuit (2). Ce n'est pas à ces sortes de libéralités que s'applique l'art. 931.

1080. Il en est de même des libéralités indirectes ; comme lorsque l'on se rend caution pour quelqu'un (3). Ce sont plutôt des services que des libéralités proprement dites.

(1) *Gazette des Tribunaux* du 9 avril 1852, n° 7723.

(2) Furgole sur l'ord. de 1731, p. 17. Mon comm. de la *Prescript.*, n° 80. Cassat., 26 mars 1845 (Devill., 47, 1, 120).

(3) Furgole, *loc. cit.*

1081. Les libéralités stipulées au profit d'un tiers comme charge d'un contrat principal (1), sont également exemptes des solennités des donations. Car ce sont aussi des libéralités indirectes (2). Ce n'est que lorsque la libéralité est le but final et la cause première de l'acte, que cet acte doit être solennel.

1082. La donation déguisée sous la forme de contrats onéreux, dont nous avons eu occasion de dire déjà quelque chose (3), doit nous occuper plus particulièrement ici.

Ces sortes de donations ne sont pas nouvelles. Les Corinthiens, désirant gratifier les Athéniens du don de vingt navires, mais ne le pouvant à cause d'une loi qui défendait d'en donner, couvrirent leur libéralité du nom de vente et les vendirent 5 drachmes la pièce (4). Pour le dire en passant, cet exemple prouve combien les anciens respectaient la loi, même lorsqu'ils voulaient s'en écarter.

Aujourd'hui, il est certain pour tout le monde qu'une donation, déguisée pour échapper à une loi civile, n'aurait aucune valeur; les particuliers n'ont pas, comme un peuple entier, le droit de s'écarter d'une loi positive.

(1) Art. 1121 C. Nap.

(2) Cassat., 27 janvier 1819 (Devill., 6, 1, 14).

(3) *Suprà*, n° 730. Voy. Devill., 1, 1, 746, ind. des arrêts. Arrêt du 22 mars 1848 (Devill., 48, 1, 401). *Suprà*, n°s 1057 et suiv. et 1062.

(4) Hérodote, lib. 6. Thucydide, liv. 1. Brodeau sur *Loucl*, lettre *D*, somm. 64, n° 3.

Mais on a longtemps douté si la donation d'une chose disponible faite à un donataire capable de la recevoir, était ou non valable, lorsqu'au lieu d'être revêtue des formalités prescrites par notre article, elle revêtait la forme d'un contrat onéreux.

Trois arrêts de la section des requêtes de la cour de cassation, en date des 8 frimaire an XIII, 30 prairial et 15 messidor de la même année, décidèrent qu'une donation simulée sous l'apparence d'une vente était nulle, si elle n'était revêtue des solennités de la donation.

La section civile avait déjà jugé la question en sens contraire, par arrêt du 7 frimaire an XIII. Elle s'était fondée sur ce que la simulation n'entraîne pas toujours la nullité des actes qui en sont viciés; qu'elle ne produit cet effet que quand il y a indisponibilité de la chose ou incapacité de la personne, parce qu'alors seulement elle est frauduleuse; parce qu'il n'est pas présumable, qu'on ait voulu faire d'une manière indirecte et déguisée ce qu'on avait droit de faire d'une manière directe et ostensible.

Plus tard, la section des requêtes en est revenue à la jurisprudence de la section civile, qui est aujourd'hui constante (1). Les lois romaines l'ont toujours décidé ainsi, et la jurisprudence les a constamment

(1) Merlin, Répert., v^is *Donation*, sect. 2, § 6, et *Simulation*, § 5. Zachariæ, t. V, p. 66. Cassat., 20 novembre 1826 (Dalloz, 27, 1, 60). 25 février 1836 (Devill., 36, 1, 605). 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 621, etc.).

suivies (1). *Donationis causâ factâ venditione, non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur* (2).

1083. Revenons maintenant aux donations solennelles.

Nous verrons, dans les articles suivants, ce qui a rapport à l'acceptation de la donation par le donataire. C'est là une partie essentielle de l'acte.

1084. Mais, pour compléter ce qui a trait au commentaire de l'art. 931, nous ferons remarquer ici, que lorsqu'une donation se fait par procureur (ce qui peut très-bien avoir lieu, puisqu'excepté dans les cas où la loi le défend, on peut toujours se faire représenter dans les actes de la vie civile), il est indispensable que la procuration soit revêtue, comme la donation même, de la forme authentique. Ce point est constant, désormais, en jurisprudence, et plusieurs arrêts ont décidé que la procuration ne pouvait avoir lieu sous seing privé (3). Il est vrai que l'art. 1985 du Code Napoléon admet les procurations sous seing privé (4). Mais cet article ne doit être pris que *secundum subjectam materiam* (5). Ici, la nécessité d'une

(1) V. un exemple de donation déguisée sous la forme de prêt, et maintenue comme donation dans le C. du président Favre, *De petit. hæredit.* (déf. 6). *Infrà*, n° 1147.

(2) L. 6, D., *Pro donato.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 154, n° 1.

(3) Cassat., 19 avril 1843 (Devill., 43, 1, 393). 1er décembre 1846 (Devill., 47, 1, 289). Douai, 10 août 1846 (Devill., 46, 2, 496). *Junge* l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843.

(4) Mon comm. du *Mandat*, n° 104.

(5) M. Merlin, Répert., v° *Hypothèque*, 2, 2, 10.

procuration authentique s'explique par la crainte des fraudes, des surprises et des captations.

1085. La jurisprudence exige, aussi, que l'autorisation donnée à la femme par son mari, pour faire une donation, soit en la forme authentique (1).

1086. Quant à l'action en nullité de la donation pour vice de forme, nous nous bornons à dire qu'elle dure dix ans, d'après l'art. 1304 du Code Napoléon (2).

Article 932.

La donation entre-vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.

L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.

SOMMAIRE.

1087. L'acceptation est de l'essence de la donation. — De l'acceptation dans le droit romain et dans l'ancien droit français.

(1) Cassat., 1er décembre 1846 (Devill., 47, 1, 289).

(2) Riom, 16 juin 1843 (Devill., 43, 2, 543). Bordeaux, 26 janvier 1841 (Devill., 41, 2, 616). *Contrà*, Caen, 26 février 1827 (Devill., 28, 2, 115).

1088. Aujourd'hui, comme sous l'ordonnance de 1731, il ne suffit pas de l'acceptation ; il faut en outre la solennité de l'acceptation.

1089. Il n'est pas nécessaire, cependant, d'employer pour l'acceptation des paroles sacramentelles.

1090. La prise de possession ne suffit pas pour dispenser de la formalité de l'acceptation expresse.

1091. Tant que cette acceptation ne lui a pas été régulièrement manifestée, le donateur peut révoquer sa donation ;

1092. Alors même que le donataire aurait été mis en possession de la chose.

1093. Les mineurs et autres privilégiés ne peuvent se faire restituer contre le défaut d'acceptation.

1094. Si la donation est faite à deux personnes, l'acceptation de l'une ne profite pas à l'autre ; elle ne vaut au profit du donataire acceptant que pour sa portion ;

1095. A moins que la donation n'ait été faite *in solidum*.

1096. L'acceptation doit être revêtue des mêmes formalités que la donation.

1097. De l'époque de l'acceptation de la donation.

1098. La donation ne peut être acceptée que du vivant du donateur. — Pour quels motifs.

1099. Les héritiers du donataire ne pourraient accepter la donation.

1100. *A fortiori* ses créanciers.

1101. La donation faite du vivant du donateur et en la forme authentique doit être, en outre, connue du donateur.

1102. Conséquence, quant à la notification de l'acceptation.

1103. Le donateur peut, toutefois, relever le donataire du défaut de notification, en déclarant, même par acte sous seing privé, qu'il a connu l'acceptation.

1104. Les héritiers du donataire pourraient notifier au donateur l'acceptation de leur auteur. — Les créanciers ont le même droit.

1105. Ces règles sur l'acceptation expresse et solennelle ne sont pas applicables aux donations indirectes et déguisées.

1106. Ni aux donations indirectes autorisées par l'art. 1121.

1107. Dans ce dernier cas même, le donataire peut accepter après la mort du donateur.

COMMENTAIRE.

1087. L'acceptation est de l'essence de la donation. Cicéron a très-bien dit : « *Neque donationem sine* » *acceptione intelligi posse* (1). » Ceci découle du droit naturel et des premières notions que les hommes ont dû se former des conventions. La raison enseigne que celui qui donne ne peut forcer le donataire à recevoir une chose contre son gré, et que lui-même n'entend l'abandonner qu'à condition que ce dernier voudra en faire son profit. « *In omnibus rebus quæ* » *dominium transferunt, concurrere oportet effectus ex* » *utrâque parte contrahentium; nam sive ea venditio,* » *sive donatio, sive alia quælibet causa contrahendi* » *fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad ef-* » *fectum id quod inchoatur non potest* (2). » De là cette règle si connue : *Non potest liberalitas nolenti adquiri* (3). Tels sont les principes. Les Romains les pratiquèrent non-seulement dans le droit privé, mais encore dans le droit public, ainsi que leur histoire en fait foi (4).

(1) Topic, 8.

(2) L. 55, D., *De oblig. et act.*

(3) L. 17, § 2, D., *De donat.*

(4) Témoin le fait de Mancinus, qui, ayant été donné aux

Lorsque le droit romain se fut relâché de la rigueur des formes, en ce qui touche les donations (1), il se contenta d'une acceptation tacite pour leur plénitude et leur validité (2). Ainsi, si le donataire entrait en possession de la chose donnée, il témoignait suffisamment par là qu'il acceptait la donation, et cela en vertu du principe que : *Non tantùm verbis ratum haberi posse, sed etiam actu* (3).

Mais notre droit coutumier, plein d'aversion pour les donations, s'éloigna de cette simplicité, et la jurisprudence la remplaça par une sévérité telle qu'aucun équipollent ne fut plus admis, et qu'on exigea que l'acceptation fût faite en termes exprès, sans que la présence du donataire à l'acte et l'apposition de sa signature pussent couvrir le défaut d'acceptation solennellement mentionnée (4).

L'ordonnance de 1731 fut rédigée dans ces principes. L'article 6 porte : « L'acceptation de la dona-
» tion sera expresse, sans que les juges puissent avoir
» aucun égard aux circonstances dont on préten-
» drait induire une acceptation tacite ou présumée,
» et ce quand même le donataire aurait été présent

Numantins par le peuple romain, et non accepté par eux, resta citoyen romain (en 617). Furgole, *quæst.* 47, n° 25.

(1) *Suprà*, n°s 516 et suiv., et n° 1037.

(2) L. 6, C., *De donat.* L. 12, § 8, D., *Mandat.* L. 10, D., *De donat.*

(3) L. 5, D., *Ratam rem haberi.* Voët, lib. 39, t. V, n°s 11 et 12.

(4) Ricard, *Donat.*, part. 1, n° 838. Argou, t. I, p. 264. Pothier, *Donat. entre-vifs*, sect. 2, art. 1.

» à l'acte de donation, et qu'il l'aurait signé, ou » quand il serait entré en possession des choses » données (1). »

Il était donc constant que l'acceptation de la donation ne pouvait avoir lieu par équipollent; qu'elle devait être accomplie en termes spécifiques (2). Ce contraste entre le droit romain et le droit français a porté les romanistes à traiter la formalité de l'acceptation, de barbare accessoire : *barbaro annexu* (3). On ne peut se dissimuler, en effet, que l'amour de la forme n'aille très-loin dans cette sévérité due à l'éloignement du droit coutumier pour les donations.

1088. L'article 932 du Code Napoléon est cependant la répétition abrégée de l'article 6 de l'ordonnance de 1731.

Il ne suffit donc pas que l'acceptation du donataire ait concouru avec la donation ; il faut que cette acceptation soit manifestée par des paroles expresses. Aujourd'hui, comme du temps de Pothier, il faut distinguer entre l'acceptation et la solennité de l'acceptation, laquelle est une des formalités extérieures nécessaires pour la validité de la donation (4).

(1) Furgole, sur cet article, résume l'ancienne jurisprudence.

(2) Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 4, n° 4.

(3) Heineccius, sur les Instit., *De donat.*, cite une dissertation de Ludewig intitulée : « *De donatione, ejusque barbaro adnexu, acceptatione.* »

(4) Nancy, 2 février 1838 (Devill., 38, 2, 203). Pourvoi rejeté, req., 27 mars 1839 (Devill., 39, 1, 269). Rennes, 20 mars 1841 (Devill., 41, 2, 418). Il s'agissait d'une dona-

La raison de cette sévérité du Code Napoléon est la même que celle qui avait excité la sollicitude des coutumes. C'est que les donations entre-vifs ne sont pas toujours favorables; c'est qu'il y a beaucoup de cas où on peut les désapprouver. Cujas a très-bien dit : » *Sunt juris auctores in illis approbandis et recipiendis (donationibus) restricti; nam neque est optimi patris familias donare... posset multis exemplis demonstrari donationes quodam modo improbari, factas inter vivos* (1). »

1089. Ceci ne veut pas dire que l'acceptation se doive nécessairement manifester par des paroles sacramentelles, telles que celles-ci : « J'accepte avec reconnaissance, » ou « qui déclare accepter. » La nécessité des paroles sacramentelles est incompatible avec la simplicité de notre droit : il suffit que l'acceptation soit expresse et formelle. Peu importent, après cela, les mots dont on s'est servi.

Ainsi, par exemple, si l'acte de donation d'une somme d'argent constate que cette somme a été reçue par le donataire, après avoir été comptée, et qu'il en a donné quittance, il sera difficile de trouver, dans ce concours d'énonciations, le défaut d'acceptation expresse. La quittance du donataire, c'est-à-dire l'acte par lequel il déclare avoir reçu la

tion faite à un mari par sa femme. Le mari avait été présent à l'acte et avait autorisé sa femme; mais il n'y avait pas eu d'acceptation expresse.

(1) *Quæst. Papin.*, l. 18, sur la loi 27, D., *De cond. et demonst.*

somme en sa qualité, renferme expressément tout ce qui constitue une acceptation formelle (1). Ce n'est pas là une acceptation présumée, c'est une acceptation aussi certaine, aussi énergique, aussi parlante que possible.

1090. Mais il n'y aurait pas de relâchement plus grand que de soutenir et de décider que la prise de possession seule suffit pour dispenser de la formalité de l'acceptation expresse (2). L'exécution de la donation ne sauve pas ses imperfections. L'ordonnance de 1731 (article 6) prévoyait ce cas avec précision, et décidait que l'entrée en possession du donataire ne couvre pas le défaut d'acceptation expresse. La prise de possession n'engendre qu'une acceptation présumée et non expresse, une acceptation à peu près semblable à celle qui résulte de la présence du donataire à l'acte et de son contre-seing.

M. Toullier a cru pouvoir enseigner, cependant, que, sous le Code Napoléon, la prise de possession a une autorité égale à l'acceptation formelle. Il repousse l'autorité de l'ordonnance, en disant que le Code Napoléon, en ne répétant pas la nullité prononcée par l'ordonnance, l'a rejetée. Mais on ne peut pas raisonner d'une manière plus légère. M. Toullier croit donc que le Code Napoléon se contente de la présence à l'acte du donataire et de sa signature, puisqu'il ne proscrit pas, comme le faisait l'ordon-

(1) Grenoble, 6 janvier 1831 (Dalloz, 32, 2, 91. Devill., 32, 2, 200). M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 374.

(2) *Suprà*, n° 1064.

nance de 1731, ces indices d'acceptation (1)? Il est certain que la prise de possession n'est qu'un acte d'exécution. Or, l'exécution volontaire d'une donation ne supplée pas à l'omission des éléments qui doivent la constituer *ab initio*.

1091. Tant que l'acceptation n'a pas été manifestée par des paroles expresses, le donateur n'est pas lié, et il peut retirer son bienfait (2); car il n'y a pas encore, aux yeux de la loi, ce que la loi romaine appelle : *duorum in idem placitum consensus*. Il n'y a qu'un simple projet. Cette question a cependant été controversée (3). Ferrières (4), Charondas (5), et Dumoulin (6), avaient soutenu que, même avant l'acceptation, le donateur ne pouvait pas révoquer la donation, parce qu'il ne pouvait pas revenir contre son propre fait. Mais cette opinion n'était pas suivie (7); elle était contraire au principe du droit des gens enseigné par Grotius (8) et Puffendorf (9), savoir : que la promesse non suivie d'acceptation ne

(1) Voy. art. 1339, 1340. Cassat., req., 6 juin 1821 (Denevers, 1823, 1, 104 à 109).

(2) Brodeau *sur Louet, loc. cit.* Pothier, *Donat.*, sect. 2, art. 1.

(3) Furgole, *Quest. sur les Donations*, 5, rapporte cette controverse.

(4) *Sur Guy Pape*, q. 222.

(5) *Sur Paris*, art. 275.

(6) Conseil 60, n° 14.

(7) Maynard, l. 7, ch. 84. Coquille *sur Nivernais*, ch. 27.

(8) Lib. 2, c. 2, § 14.

(9) 3, 6, 15.

produit aucun engagement, même suivant le droit naturel.

1092. Il suit de là que le donateur pourrait révoquer la donation non acceptée expressément, lors même que le donataire aurait été mis en possession de la chose (1). M. Toullier prétend le contraire (2) sur le fondement de lois romaines (3), dont aucune n'est applicable à la matière. Ce n'est pas ici que l'exécution volontaire de l'acte purge les vices originaires dont il est infecté. Il ne faut pas argumenter du droit commun, là où un droit spécial a été établi.

Considérons, d'ailleurs, que les formalités des donations n'ont pas été introduites dans l'intérêt unique du donateur; c'est même plutôt dans l'intérêt de ses héritiers et successeurs légitimes que le législateur les a édictées. Il n'est donc pas logique que le donateur puisse renoncer à des moyens de droit à leur préjudice.

1093. L'acceptation est tellement de l'essence de la donation, que les mineurs et autres privilégiés ne peuvent être restitués contre le défaut d'icelle. Car ces personnes n'ayant pu acquérir de droits que par l'acceptation qui n'est pas intervenue, il n'y a aucun droit que la restitution puisse leur rendre (4).

(1) Arg. des art. 5 et 6 de l'ord. de 1731.

(2) T. V, n° 189.

(3) L. 10, D., *De reb. eor. qui sub tut.* L. 7, § 16, D., *De S. C. maced.* L. 38, D., *De fideicomm. libert.* L. 1, C., *Si maj. fact. rat. habuerit.* L. 16, § 1, C., *De test.*

(4) Ord. de 1731, art. 14. Furgole sur ce texte.

1094. Il suit de ce même principe, que lorsque la donation est faite à deux personnes dont l'une est absente et l'autre présente, l'acceptation de l'une ne profite pas à l'autre. La seule volonté du donateur ne peut suffire pour attribuer au donataire absent un droit sur la chose donnée (1).

Au reste, la donation ne vaut pas pour le tout au profit du donataire présent et acceptant. Elle ne vaut que pour sa portion : l'autre portion est caduque à l'égard du non acceptant (2).

1095. Mais si la donation est faite *in solidum*, alors toute la libéralité demeure au donataire acceptant *jure non decrescendi* (3), sauf qu'il est obligé de la communiquer à son codonataire, quand celui-ci accepte, parce qu'alors *concursu fiunt partes* (4).

1096. Comme l'acceptation est de la même nature que la donation, il faut qu'elle soit revêtue de formalités semblables. Elle doit être rédigée dans la forme authentique. Ceci ne s'applique pas aux libéralités indirectes prévues par l'art. 1121, ainsi que nous le verrons au n° 1106.

1097. Voyons maintenant l'époque à laquelle la donation peut être acceptée. Nous avons dit ci-dessus (5), qu'il n'est pas nécessaire que l'acceptation ait lieu en même temps que la donation même : elle peut intervenir postérieurement et par une manifes-

(1) Furgole, quæst. 1, n° 5.
(2) Id., n°s 8, 9, 21. M. Bayle-Mouillard, t. I, n° 56, note.
(3) Id., n° 21.
(4) Id., n° 21.
(5) N° 440.

tation séparée. Nous avons expliqué, au lieu précité, les règles relatives à la capacité des parties, alors que la donation et l'acceptation sont séparées par un trait de temps (1).

1098. Mais ce qui est capital en cette matière, c'est que la donation étant une convention qui requiert la rencontre de deux volontés, on ne peut accepter une donation que du vivant du donateur. L'acceptation, faite après sa mort, viendrait trop tard et à une époque où le concours des deux volontés est devenu impossible : *Quia post mortem, dominium incipit discedere ab eo qui dedit* (2). Un simple changement de volonté, arrivé avant l'acceptation, suffit pour révoquer ce qui a été fait ; à plus forte raison doit-il en être de même de la mort, qui sépare à jamais les deux volontés : *Mors omnia solvit.*

1099. Il y a plus : les héritiers du donataire ne peuvent pas accepter la donation qu'il n'avait pas acceptée au moment de l'acte. La faculté d'accepter n'est pas un droit réel ; c'est une faculté personnelle et intransmissible. La raison en est que quand on se dépouille de ses biens, ce n'est pour l'ordinaire que par des considérations personnelles d'amitié ou d'affection. Ne serait-il pas injuste de faire passer la donation à des héritiers que le donateur n'avait pas en vue (3) ?

(1) Ibid.

(2) L. 9, § 1, D., *De jure dot.* (Pothier, *Pand.*, t. II, p. 28, n° 51).

(3) Écoutons le président Favre (*Codex fabrian.*, liv. 8, t. XXXVIII, déf. 19 et 31) : « *Nam licèt*, dit cet auteur, *qui*

1100. Il faut dire, par suite, que les créanciers du donataire ne peuvent pas accepter pour lui la donation qui lui a été faite sans acceptation immédiate (1). Vainement diraient-ils que le donataire refuse d'accepter pour faire fraude à leurs droits. Le donateur qui n'est lié que par le consentement du donataire est censé retirer le sien, si la donation n'est acceptée que par des personnes en faveur desquelles il n'a pas eu l'intention d'être libéral (2).

1101. Il ne suffit pas que l'acceptation subséquente émanée du donataire ou de son mandataire, soit faite du vivant du donateur, et dans la forme authentique. Il faut encore qu'elle soit connue du donateur. C'est pourquoi l'art. 932 exige que l'acceptation lui soit notifiée (3).

Dans les contrats onéreux, il est de principe que tant que l'acceptation de l'une des parties n'est pas connue de l'autre, elle n'est pour celle-ci qu'une volonté invisible et sans valeur ; elle ne forme pas le lien. Mais dans les actes de libéralité, on tenait,

» *donat inter vivos malit donatarium habere quàm se ipsum,* » *mavult tamen se habere quàm hæredem donatarii. Neque* » *enim donatio fit nisi ob benè merita, quæ futuri hæredis* » *nulla esse possunt, cùm futurus hæres sit semper incertus.* » Voy. également Voët, *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n° 13, et Furgole, quest. 7.

(1) L. 6, D., *Quæ in fraudem.* Lebrun, *Successions*, p. 538, col. 8, M. Toullier, t. V, n° 211.

(2) *Infra*, n° 2159.

(3) Grotius, *De jure pacis*, 2, c. 11, § 15. Mon comm. du *Louage*, n° 105, note. Themis, t. VII, p. 380.

autrefois, pour constant que l'acceptation suffisait pour opérer le *vinculum juris*, avant même que le donateur n'en fût informé (1). On trouve une trace de ce dernier point dans l'art. 1121 du Code Napoléon.

Le Code n'a pourtant pas cru devoir le consacrer pour ce qui concerne les donations proprement dites. C'est le Tribunat qui proposa cette innovation par des raisons qui ne sont pas sans force (2) : « L'ac-» ceptation peut se faire à cent soixante ou deux » cents lieues du domicile du donateur: il peut l'i-» gnorer. Est-il juste que, par défaut de connais-» sance de cette acceptation, il soit incertain sur sa » propriété, et qu'il coure le risque de tromper des » tiers avec lesquels il pourrait contracter ? » Il est vrai qu'il n'est guère naturel que celui qui s'est décidé à donner, montre d'assez mauvaises dispositions d'esprit, pour ne pas laisser au donataire le temps nécessaire pour accepter. Cela n'est guère compatible avec un mouvement de libéralité.

1102. De cette nécessité de la notification de l'acceptation, il suit que si le donateur décédait, ou devenait incapable, après l'acceptation, mais avant qu'elle lui eût été notifiée, cette acceptation serait de nul effet à son égard. Il suit encore que, si avant la notification de l'acceptation, le donateur avait aliéné la chose donnée ou une partie de la chose, s'il l'avait hypothéquée, grevée de servitudes, etc., etc., tout cela retomberait sur le donataire.

(1) Grotius, *loc. cit.*
(2) Fenet, t. XII, p. 450.

1103. Au surplus, le donateur peut relever le donataire, en déclarant qu'il a connu son acceptation et qu'il le dispense d'une notification expresse. Mais peut-on suppléer à cette reconnaissance par des conjectures et des présomptions? Un acte est indispensable. Pourtant je ne crois pas qu'il doive être dans la forme authentique (1). Le mot *notifié* n'exclut pas les actes sous seings privés, qui établissent que le donateur a reçu la preuve de l'acceptation.

1104. Et, comme le défaut de notification n'enlève à la donation ses effets qu'à l'égard du donateur, et non à l'égard du donataire, il suit que le donataire venant à décéder après son acceptation, mais avant la notification, ses héritiers pourront faire signifier cette acceptation au donateur, et l'obliger, par là, à la délivrance de la chose donnée. Ajoutons qu'au fond, il y a une grande différence entre l'acceptation et la notification. L'acceptation est de l'essence de la donation; c'est une formalité substantielle. La notification n'est qu'une formalité accessoire introduite en faveur du donateur, afin de lui faire savoir qu'il est désormais lié et obligé à la prestation de la chose donnée; peu importe qu'il apprenne cette obligation du donataire ou de ses héritiers (2).

Par la même raison les créanciers du donataire décédé, après avoir accepté, pourraient notifier l'acceptation au donateur (3).

(1) *Contrà*, M. Bayle-Mouillard, t. I, p. 377, note.

(2) M. Bayle-Mouillard, t. I, p. 377. M. Coin-Delisle, n° 18. *Contrà*, M. Toullier, t. V, n° 212.

(3) M. Bayle-Mouillard, t. I, p. 377.

1105. Tout ce que nous venons de dire de l'acceptation expresse et solennelle, n'est essentiel que dans les donations directes.

Mais les donations indirectes et détournées, les donations cachées sous la forme de vente ou de tout autre contrat onéreux, les dons manuels, etc., etc., tout cela a une valeur inattaquable sans le concours de l'acceptation solennelle. En effet, un acte qui a une existence propre, n'a besoin que des formes qui sont de sa nature, et il serait déraisonnable d'exiger, pour sa validité, des formes qui appartiennent à un autre ordre d'actes et de contrats.

1106. Nous en dirons autant des donations indirectes, autorisées par l'art. 1121 du Code Napoléon ; elles ne sont pas soumises à la prescription rigoureuse de notre article. Car la donation n'y figure que *sub modo*, et comme condition à accomplir, et nullement comme disposition principale. Une acceptation quelconque suffit. Mais tant que cette acceptation n'a pas eu lieu, le donateur peut révoquer sa libéralité (1).

1107. Que s'il décède, sans l'avoir révoquée, le donataire peut très-bien l'accepter, même après cet événement (2). Ceci n'est pas en contradiction avec ce que nous disions ci-dessus (3), de la nécessité de l'acceptation de la donation du vivant du donateur. La donation est une convention : le concours de

(1) Grenoble, 9 août 1843 (Devill., 45, 2, 486). Il n'y avait pas d'acceptation. La notice est inexacte.

(2) Duranton, t. X, nos 244 et suiv. Pothier, *Oblig.*, n° 73.

(3) N° 1098.

deux volontés se rencontrant sur un même point, y est indispensable (1). Mais dans notre espèce, aucune convention n'existe avec le tiers gratifié. Il n'est introduit dans la donation que pour y faire le sujet d'une condition ou d'une charge.

ARTICLE 933.

Si le donataire est majeur, l'acceptation doit être faite par lui, ou, en son nom, par la personne fondée de sa procuration, portant pouvoir d'accepter la donation faite, ou un pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites.

Cette procuration devra être passée devant notaires; et une expédition devra en être annexée à la minute de la donation, ou à la minute de l'acceptation qui serait faite par acte séparé.

SOMMAIRE.

1108. L'acceptation d'une donation peut être faite par procureur.

1109. Le mandat doit alors être passé en la forme authentique. — Pour quels motifs.

1110. Il doit, de plus, être spécial.

1111. Toutefois, le donataire pourrait, du vivant du donateur, ratifier l'acceptation d'un *negotiorum gestor*.

1112. Il est défendu aux notaires d'accepter les donations, comme stipulant pour les donataires absents.

(1) L. 1, § 1, D., *De pactis*.

1113. Une expédition de la procuration doit être jointe, en outre, à l'acte contenant l'acceptation. — *Quid* d'une procuration en brevet?

1114. Si le donataire meurt avant que son fondé de pouvoir ait accepté la donation, l'acceptation ne peut plus avoir lieu.

1115. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1108. Bien que la donation soit un acte solennel, elle n'exige pas la présence réelle du donataire et sa comparution en personne pour accepter. Le donataire peut accepter par lui ou par un fondé de pouvoir. L'acceptation est donc une de ces choses qui peuvent se faire par procuration (1).

1109. En général, le mandat peut se donner par acte sous seing privé (2). Mais, en cette matière, un tel mandat n'a aucune force ni valeur. Non-seulement le mandat pour accepter doit être écrit; mais il doit être encore dans la forme authentique. C'est une sévérité ajoutée à l'ordonnance de 1731, qui admettait les procurations par écritures privées (3).

1110. Ce n'est pas tout, et bien que l'ordonnance de 1731 admît la validité des acceptations faites par un mandataire ou procureur général (4), le Code, plus rigide à l'égard des donations, veut que la procuration soit nécessairement spéciale pour telle dona-

(1) Art. 5 de l'ord. de 1731.
(2) L. 1, § 1, D., *Mandati*. L. 2, § 2, D., *De oblig. et act.*
(3) Furgole sur l'art. 5 de l'ord. de 1731.
(4) Art. 5, et Furgole.

tion en particulier, ou du moins spéciale pour toutes les donations qui pourraient être faites (1).

Ainsi, sous le Code Napoléon, un procureur qui agirait avec une procuration générale, et à plus forte raison un simple *negotiorum gestor*, n'auraient pas de pouvoirs suffisants pour accepter. Leur acceptation ne produirait aucun effet utile (2); l'art. 933, beaucoup plus inexorable que l'ordonnance de 1731, qui autorisait l'acceptation par un porte-fort, a entendu que nulle acceptation sans mandat ne serait admise.

1111. Le donataire pourrait toutefois se la rendre propre en la ratifiant; mais il faudrait que la ratification (3) eût lieu du vivant du donateur, et qu'elle fût en forme authentique, et notifiée; et elle ne produirait d'effet, que du jour de cette notification. On sent qu'elle vaudrait moins comme ratification que comme acceptation primitive (4).

1112. Autrefois les notaires étaient dans l'usage d'accepter les donations, comme stipulants pour les donataires absents. L'art. 5 de l'ordonnance de 1731 leur en fit très-expresses défenses (5). Ces défenses

(1) Cassat., req., 4 juillet 1848 (Devill., 48, 1, 710).

(2) Bordeaux, 5 février 1827 (Devill., 8, 2, 326, 327). Liége, 23 janvier 1810 (Devill., 3, 2, 193).

(3) Id.

(4) Voy. dans Devill., 48, 1, 710, à la note, des observations à cet égard et l'état des opinions.

(5) Voy. Furgole sur ce texte. Il se livre à des recherches intéressantes sur les tabellions, d'après Cujas sur la loi 15, C., *De decurionibus*, et l. 3, C., *De Tabulariis*.

ont encore plus de force sous le Code Napoléon, qui n'admet pas les acceptations sans mandat. Le notaire rédacteur est, en effet, préposé pour prêter, aux parties qui comparaissent devant lui, le ministère de l'instrumentation, mais non pas pour les représenter.

1113. Non-seulement la procuration doit être authentique et spéciale; il faut même qu'une expédition de l'acte passé par-devant notaire, soit annexée à la minute de la donation (1), ou à la minute de l'acceptation faite par acte séparé.

De là, il résulte que la procuration pour accepter ne saurait être valable qu'autant qu'il en reste minute, et qu'elle serait imparfaite si elle était en brevet. Les termes de notre article sont formels à cet égard : car, puisqu'ils exigent l'annexe de l'expédition de la procuration notariée, ils excluent, par là, l'annexe d'une procuration passée en brevet.

Cependant, la plupart des auteurs estiment qu'une procuration passée en brevet et annexée à la donation serait suffisante (2). Cette opinion est plus conforme au droit commun et à l'équité. Mais elle paraît contrariée par le droit spécial et le formalisme que le Code fait prévaloir en matière de donation.

1114. Si le donataire, après avoir chargé un fondé de pouvoir d'accepter pour lui, meurt avant que son

(1) Art. 5 de l'ord. de 1731.

(2) Toullier, V, 191. MM. Dalloz, ch. 4, sect. 1, art. 2. Coin-Delisle, n° 6. *Contrà*, MM. Duranton, t. VIII, n° 431. Marcadé, n° 1, sur 933.

mandat ait été rempli, la donation est nulle pour défaut d'acceptation ; car le mandat est éteint par la mort (1).

1115. Au reste, nous verrons, par l'art. 1087, que les règles de l'art. 933 ne sont pas applicables aux donations par contrat de mariage à l'un des futurs époux.

ARTICLE 934.

La femme mariée ne pourra accepter une donation sans le consentement de son mari, ou, en cas de refus du mari, sans autorisation de la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219 au titre *du Mariage.*

SOMMAIRE.

1116. Motifs de la nécessité de l'autorisation maritale prescrite par l'art. 934.
1117. Dans l'ancien droit français, ce défaut d'autorisation produisait une nullité absolue.
1118. En est-il de même sous le Code ?
1119. Raisons qui doivent faire décider l'affirmative.
1120. L'autorisation du mari, donnée après le décès du donateur, serait tardive.
1121. La femme a besoin de cette autorisation, quel que soit le régime auquel elle est soumise.
1122. Le mari peut-il accepter la donation faite à sa femme absente, lorsqu'il n'a pas de procuration ?

(1) Furgole, quest. 7.

COMMENTAIRE.

1116. Le Code, après avoir traité, dans l'article 905 (1), du droit de la femme mariée pour donner, s'occupe, dans l'art. 934, du droit de la femme pour accepter une donation. Il ne permet pas qu'une femme mariée puisse faire acceptation d'un don entre-vifs sans la permission de son mari (2). La raison en est qu'une donation peut souvent imposer des charges à celui qui en est l'objet, et que l'autorisation maritale ayant été introduite tant dans l'intérêt du mari que dans l'intérêt de la femme, souvent peu expérimentée dans les affaires, il faut nécessairement que la femme ne puisse faire un acte si important, sans avoir pris conseil de celui que la loi charge de lui donner assistance en toute occasion. D'ailleurs une donation peut être souvent chez une femme l'encouragement à une conduite déréglée et un appât pour le libertinage. Il est donc aussi dans l'intérêt des mœurs que le mari participe à l'acceptation, et c'est ici le cas d'appliquer ces belles paroles rapportées, quoique dans un cas différent, par la loi 51, D., *De donat. inter vir. et uxor.* « *Evitandi autem turpis quæstûs gratiâ circà uxorem* » *hoc videtur Q. Mucius probasse.* »

1117. Autrefois l'on tenait à peu près pour constant que le défaut d'autorisation du mari opérait une

(1) *Suprà*, n° 592.
(2) Art. 9 de l'ord. de 1731.

nullité radicale de l'acceptation (1). Il y avait, pour cela, des raisons générales et spéciales. Les raisons générales étaient celles-ci : les femmes étaient, en pays coutumier, frappées d'une incapacité radicale, et elles ne pouvaient, sans leurs maris, ni s'obliger, ni obliger les autres. On pensait que la puissance du mari n'était pas introduite en faveur de la femme, mais en vertu de l'ordre public, comme une déférence qu'elle devait à son mari. Or, cette doctrine, qui n'était pas sérieusement contestée, et que professaient les plus graves auteurs, était surtout celle de D'Aguesseau, qui en avait été imbu de bonne heure (2). Il ne faut donc pas s'étonner qu'il ait rédigé l'art. 9 de l'ordonnance de 1731, de manière à faire entendre que le défaut d'autorisation produisait une incapacité absolue, et qu'il y avait, à l'égard de la femme non autorisée, une prohibition *importantem vim præcisam et excludentem potentiam juris et facti*. Quant à la raison particulière qui venait fortifier le système général, c'est qu'il faut que la donation soit fixe, permanente, irrévocable, tant de la part du donataire que du donateur; ce qui n'a pas lieu si la donation est faite à une personne qui, grâce à son incapacité, peut se dégager (3).

(1) Ricard, *Donat.*, part. 1. n° 846. Furgole sur l'art. 9 de l'ord. de 1731. Pothier, *Oblig.*, n°s 50, 52.

(2) Il disait, en effet, dans son plaidoyer du 3 avril 1691 : « C'est l'intérêt du mari qui a fait établir la nécessité de » l'autorisation maritale. C'est un principe dont tous nos » docteurs conviennent. »

(3) Ricard, *Donat.*, n° 846.

1118. Ces idées sont-elles passées dans le Code Napoléon? L'art. 934 en est-il la consécration?

La question est controversée : les uns soutiennent que la nullité est purement relative, et ils argumentent du système général du Code, qui, dans les articles 225 et 1125, déclare que ceux qui se sont engagés avec la femme ne peuvent faire valoir le défaut d'autorisation, qu'il n'y a que la femme, son mari et leurs héritiers, qui soient fondés à en exciper. Ce qui est dire, en d'autres termes, qu'il n'y a dans la femme qu'une incapacité relative et non absolue. Ils en concluent, contrairement à l'opinion de Furgole, de Pothier, et à l'ordonnance de 1731, que le défaut d'autorisation ne vicie pas l'acceptation de la donation faite par la femme, qu'elle ne la vicie que relativement à la femme, à son mari ou à leurs héritiers; mais que le donateur ne pourrait pas opposer cette absence d'autorisation, d'après les innovations législatives introduites par les art. 225 et 1125 (1).

D'autres (2), à l'inverse, sont d'avis que l'art 934 du Code Napoléon, faisant exception aux art. 225 et 1125, a eu la volonté de reproduire, pour la matière spéciale des donations, les dispositions rigoureuses de l'ordonnance de 1731, et c'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts (3).

(1) M. Toullier, t. V, n° 193. M. Marcadé sur l'art. 934.

(2) MM. Grenier, n° 61 *bis;* Merlin, Répert., t. XVI, v° *Donation;* Proudhon, *Des personnes*, t. I, p. 273.

(3) Toulouse, 27 janvier 1830 (Devill., 9, 2, 385). Limoges, 15 avril 1836 (Devill., 36, 2, 241). *Junge* Riom, 14 août 1829

1119. Cette dernière opinion est préférable. Je m'arrêterai peu aux expressions *ne pourra*, dont on a trop argumenté pour arriver à la preuve d'une incapacité absolue. La combinaison des articles 217 et 225 du Code Napoléon peut énerver beaucoup la force de cet argument de texte. Je le laisse donc pour ce qu'il vaut, sans cependant vouloir le mépriser.

Mais voici ce qui est plus décisif.

Dans la donation, l'acceptation n'est pas, comme dans les conventions ordinaires, une affaire de simple et nu consentement ; l'acceptation doit se produire avec certaines formes et sous certaines conditions. Tout est de rigueur dans cette matière peu favorable qui dépouille les familles, ou qui y établit de fâcheuses inégalités. C'est pourquoi le législateur, attachant la plus haute importance aux formalités de l'acceptation, a pris le soin de les tracer lui-même selon l'état des personnes auxquelles la donation est faite. Que si la donation n'est pas duement acceptée, elle n'est pas parfaite, ainsi qu'il résulte de l'art. 938. Or, si elle n'est pas parfaite, elle ne lie pas le donateur, et le donateur peut la révoquer. Tel est l'enchaînement d'idées qui conduit aux mêmes conséquences que l'ordonnance de 1731, et fait retrouver, dans l'art. 934, son esprit avec son texte.

(Devill., 9, 2, 322, 323. Dalloz, 32, 2, 76). Grenoble, 14 juillet 1836 (Dalloz, 37, 2, 157. Devill., 39, 2, 259). Dans ces deux derniers arrêts, il s'agit de donations faites à des mineurs.

C'est ce qu'exprimait le tribun Jaubert : « L'acceptation qui ne lierait pas le donataire ne saurait engager le donateur. Ainsi, il est naturel que » la femme mariée ne puisse accepter sans le consentement de son mari ou l'autorisation de la » justice ; que l'autorisation du gouvernement doive » précéder l'acceptation des administrateurs des » communes ou des hospices ; que la donation faite » à un mineur ne soit acceptée que par son tuteur » ou par un de ses ascendants, etc., etc. (1). »

On voit, par là, que, bien que le Code Napoléon se soit écarté de l'ancien droit, en ce qui concerne le caractère général de la nullité des engagements de la femme non autorisée, il s'y rattache cependant sur le point particulier des donations, et cela parce qu'il ne faut pas que la donation soit boîteuse, parce qu'il faut qu'elle soit ferme, stable et irrévocable de part et d'autre.

1120. De ces points de droit, il résulte que l'autorisation du mari, donnée après le décès du donateur, serait tardive. Elle se produirait alors que les choses ne sont plus entières, et que les deux volontés, dont la perfection est nécessaire, ne peuvent plus se réunir (2).

1121. La disposition de l'art. 934 est applicable, soit que la femme soit commune en biens, soit qu'elle soit mariée sous le régime dotal, ou qu'elle soit séparée de biens. En pays de droit écrit, où l'on suivait le droit romain, et où les femmes étaient

(1) Fenet, t. XII, p. 596.

(2) Arrêt déjà cité de la cour de Toulouse, du 27 janvier 1830.

affranchies du pouvoir marital pour leurs biens paraphernaux, la femme pouvait seule accepter la donation qui entrait dans ses paraphernaux. Il en était autrement en pays coutumier. La femme était, dans tous les cas, soumise à la puissance maritale. Le Code Napoléon a été rédigé dans les principes du droit coutumier.

1122. Le mari peut-il accepter la donation faite à sa femme absente, lorsqu'il n'a pas de procuration?

Le parlement de Toulouse jugeait cette question pour la négative; mais, au parlement de Bordeaux, on se fondait sur la loi 21 C. *De procurat.* (1), qui regarde le mari comme le procureur légal de sa femme, *etiam citrà mandatum*, et décidait que le mari pouvait accepter sans procuration une donation faite à sa femme absente. Furgole (2) approuve cette jurisprudence; il trouve qu'elle ne peut surtout souffrir de difficulté dans le cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté, à cause de l'intérêt personnel du mari, qui, en sa qualité d'associé, peut faire l'avantage de la société, s'agissant surtout d'une société dont il est le maître.

Mais aujourd'hui que l'art. 933 a profondément modifié les principes de l'ordonnance de 1731, aujourd'hui que la loi n'admet plus de procuration générale, et qu'une procuration spéciale est exigée, nous pensons que la doctrine de Furgole ne saurait être suivie.

(1) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 105, n° 30.
(2) Quest. 4.

Quand le Code Napoléon a voulu admettre des représentants légaux, il l'a dit, ainsi que nous le verrons dans l'article suivant. Ici, rien de semblable : la femme doit accepter en personne, pourvu qu'elle soit autorisée.

Article 935.

La donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit, devra être acceptée par son tuteur, conformément à l'article 463, au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation.*

Le mineur émancipé pourra accepter avec l'assistance de son curateur.

Néanmoins les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs, ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui.

SOMMAIRE.

1123. Nécessité et formalités de l'acceptation par le tuteur, s'il s'agit d'une donation faite à un mineur ou à un interdit.

1124. Acceptation par le curateur, s'il s'agit d'une donation faite à un mineur émancipé.

1125. L'omission de ces formalités entraîne-t-elle la nullité absolue de l'acceptation ? — *Quid* sous le régime de l'ordonnance de 1731 ?

1126. *Quid* sous le régime du Code ?

1127. Les ascendants des mineurs peuvent aussi accepter pour eux les donations. — Raisons de cette disposition.

1128. Dans ce cas, les ascendants ne sont pas tenus de prendre l'autorisation du conseil de famille.

1129. La mère (ou l'aïeule), pour accepter la donation faite à son fils (ou petit-fils) mineur, n'a pas besoin d'être autorisée par son mari.

1130. Les ascendants d'un interdit ont le même droit d'acceptation que les ascendants d'un mineur.

1131. Il en est de même des père et mère des enfants naturels reconnus.

1132. Les ascendants peuvent accepter pour leurs enfants conçus au moment d donation.

1133. *Quid* si le tuteur veut faire à son pupille une donation?

1134. Le mineur lésé par le défaut d'acceptation a un recours contre son tuteur.

1135. Même dans le cas où le tuteur serait en même temps le donateur.

1136. L'action en garantie empêche le mineur de se faire restituer contre le défaut d'acceptation.

COMMENTAIRE.

1123. Après avoir traité de l'acceptation de la femme mariée, le Code Napoléon s'occupe, dans l'art. 935, d'un point analogue, c'est-à-dire de l'acceptation de la donation faite à un mineur ou à un interdit.

Et d'abord, quand le mineur n'est pas émancipé, ou quand la personne est interdite, c'est le tuteur, représentant de ces individus, qui accepte pour eux : la loi ne fait pas compte de leurs personnes. Elle ne connaît que celui qui gère leurs intérêts. Seulement le tuteur ne peut accepter, d'après l'art. 463 du Code

Napoléon, auquel renvoie notre article, qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

L'ordonnance de 1731 (art. 7) dispensait l'acceptation du tuteur de tout avis de parents. Mais notre article est plus sévère, et conformément à l'opinion de Ricard (1), proscrite par l'ordonnance de 1731, il impose en termes impératifs et restrictifs l'obligation de prendre l'autorisation du conseil de famille (2).

1124. Du reste, les formalités ne sont pas si rigoureuses pour l'émancipé : il peut accepter avec la simple assistance de son curateur.

1125. Que si ces formalités viennent à être omises, tant à l'égard du mineur non émancipé que du mineur émancipé, l'acceptation sera-t-elle nulle d'une nullité absolue?

Cette question a partagé les auteurs qui ont écrit sous le régime de l'ordonnance de 1731, et même avant sa promulgation. Ricard pensait (3) que le mineur seul ne pouvait valablement accepter une donation, et qu'il résultait de là une nullité radicale et absolue; il se fondait sur ce que si, dans la plupart des cas, le mineur peut, sans l'assistance de son tuteur, rendre sa condition meilleure, il ne faut pas appliquer ce principe aux actes qui, comme la donation, demandent une solennité exacte, et conséquemment une habilité parfaite entre toutes les personnes dont le consentement est nécessaire pour les

(1) P. 1, n° 859.
(2) M. Grenier, t. I, n° 61.
(3) *Donat.*, part. I, n° 844 et suiv.

former. Dans le droit romain on voit que le mineur ne pouvait, sans son tuteur, faire adition d'une hérédité même avantageuse, parce que l'adition d'hérité était un acte solennel et légitime (1). D'ailleurs, en considérant la chose dans son principe, l'acceptation n'est si solennellement requise que parce qu'il est de la nature des donations qu'elles soient fixes, permanentes et irrévocables, tant de la part du donateur que du donataire; ce qui ne peut pas se rencontrer si l'acceptation est faite par une personne incapable de s'obliger, la donation, quoique pure et simple, étant toujours faite sous des charges et conditions tacites. Cependant Ricard ajoute que la question était problématique au palais.

Furgole, après avoir combattu Ricard (2), en est revenu à l'opinion de ce jurisconsulte qu'il a soutenue avec force dans son commentaire de l'art. 7 de l'ordonnance de 1731. En effet, le texte de cet article jette dans la balance un poids considérable en faveur de la nullité. Enfin, D'Aguesseau (3), rédacteur de ce beau monument de législation, s'était prononcé pour la nullité absolue de l'acceptation faite par les mineurs sans autorité, et cette opinion parut prévaloir (4). Elle n'empêcha pas, néanmoins, Pothier de soutenir que le défaut d'autorisation chez le mi-

(1) L. 9, § 2, D., *De auctorit. et consensu tutor.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 116, n° 3.

(2) Quest. 2.

(3) Lettre du 25 juin 1731. Cette lettre est la 290e.

(4) Cassat., 11 juin 1816 (Devill., 5, 1, 202).

neur, ne produisait qu'une nullité relative dont lui seul pouvait exciper (1).

1126. Sous le Code Napoléon, une scission analogue se fait remarquer entre M. Grenier qui défend l'avis de Furgole (2), et M. Toullier qui se range à celui de l'auteur du *Traité des obligations* (3).

Les cours se sont aussi partagées (4) et la cour de cassation n'a pas encore été appelée à faire cesser leur dissentiment.

Ce que nous avons dit ci-dessus de la nullité résultant du défaut d'autorisation de la femme mariée (5), nous met sur la voie de la décision à rendre en ce qui concerne la nullité résultant du défaut d'autorisation du mineur. Les principes généraux sur l'incapacité relative des mineurs fléchissent dans la matière toute spéciale des donations. La règle est ici que la donation n'est parfaite et ne lie le donateur qu'autant qu'elle a été duement acceptée (article 938). Or, elle n'est pas duement acceptée, quand elle ne l'a pas été dans les termes de l'art. 935. L'art. 1125 du Code Napoléon n'a entendu rien changer à ce point de droit (6).

(1) *Oblig.*, n° 52. *Introd.* au tit. *Des donations* de la Cout. d'Orléans, n° 31.

(2) T. I, n° 61 *bis*. *Junge* Merlin, Répert., v° *Mineur*, § 7.

(3) T. V, n° 196. *Junge* M. Duranton, t. VIII, n° 435.

(4) *Suprà*, n° 1118, où je cite les arrêts pour la nullité absolue. Dans le sens de la nullité relative, Metz, 27 avril 1824 (Dalloz, t. V; Devill., 2, 2, 447). Nancy, 4 février 1839 (Dalloz, 39, 2, 128; Devill., 39, 2, 459). Colmar, 13 décembre 1808.

(5) N°s 1118 et suiv.

(6) Voy. aussi Zachariæ, t. V, p. 46.

Au surplus, comme il n'y a pas de règle sans exception, nous verrons au n° 1135, un cas où le donateur est privé de l'action en nullité.

1127. Ce n'est pas seulement par le tuteur ou par le curateur que les incapables, dont s'occupe l'art. 935, sont protégés dans l'acquisition des libéralités qui leur sont faites. Ils trouvent une garantie de plus dans la vigilance affectueuse de leurs ascendants, investis, par notre texte, du droit de les représenter sans procuration et en vertu du mandat naturel que donne le lien du sang (1). Il y a une autre raison : c'est que le père doit des aliments à ses enfants et qu'il est intéressé à voir s'augmenter leur fortune, afin d'alléger le poids de cette obligation (2).

Nous disons donc : les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, et les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, peuvent accepter pour lui. L'équité avait déjà fait introduire cette disposition dans l'ordonnance de 1731 (3) ; elle l'a fait conserver dans le Code. Dès avant l'ordonnance de 1731, la jurisprudence s'en était préoccupée (4), imbue qu'elle était de cette idée que, *propter affectionem personarum*, les ascendants sont considérés comme procureurs légaux de leurs descen-

(1) Maynard, 4, 7.
(2) Furgole sur l'art. 7 de l'ord. de 1731.
(3) Art. 7.
(4) Furgole, quest. 3.

dants (1). On voit que notre article contient ici une exception à la règle de l'art. 933, portant que la procuration doit rester annexée à la minute de la donation. Ici l'existence du pouvoir résulte de la présomption de la loi, et n'a besoin d'être justifiée par rien.

1128. Il faut remarquer que l'art. 933 ne soumet pas le père tuteur, ou l'ascendant qui remplit ces fonctions, à prendre l'autorisation du conseil de famille (2). Le père et l'ascendant sont censés agir sous l'impulsion la meilleure, l'affection pour le mineur. Le conseil de la nature dispense de tous les autres. D'ailleurs, comme nous l'avons dit, le père peut avoir intérêt à l'acceptation, afin d'être allégé du poids des charges de la famille.

1129. Par des raisons différentes, l'aïeule n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour accepter la donation faite à son petit-fils, et la mère est dans le même cas. En effet, la femme n'agit point ici pour elle; elle n'agit que comme mandataire. Or, d'après l'art. 1990 du Code Napoléon, la femme peut remplir les fonctions de mandataire sans l'autorisation de son mari (3).

1130. Par analogie le mandat tacite reconnu par

(1) L. 35, C., *De procurat.* Pothier, *Pand.*, t. I, p. 105 et 106, nos 30, 31, 32.

(2) Cassat., 25 juin 1812 (Devill., 4, 1, 137). Grenier, t. I, n° 61 *bis*. Toullier, t. V, n° 197. M. Duranton, t. VIII, n° 441.

(3) Pothier, *Puissance maritale*, n° 49. Furgole sur les art. 8 et 9 de l'ord. de 1731. Cassat., 12 avril 1832 (Dalloz, 32, 1, 162). M. Toullier, t. V, n° 19.

l'art. 953, s'étend aux ascendants de l'interdit (1).

L'ordonnance de 1731, art. 7, s'en expliquait formellement. C'est évidemment par inadvertance que l'art. 935 n'en parle pas.

1131. Le mandat tacite appartient également aux père et mère des enfants naturels reconnus (2). Notre article ne distingue pas, et d'ailleurs le père naturel étant tenu de donner des aliments à son fils, est intéressé à lui procurer des biens qui le dispensent de cette obligation.

1132. Les père, mère ou aïeux, peuvent accepter pour leurs enfants conçus lors de la donation. Car *qui in utero sunt in toto penè jure civili intelliguntur in naturâ rerum esse.* L'art. 935 les comprend dans sa généralité (3).

1133. Il pourrait se présenter le cas où le tuteur du mineur voudrait lui faire une donation. Il faudrait alors que le tuteur donateur fît nommer un tuteur *ad hoc* (4), si toutefois le mineur n'avait pas d'ascendants. Le subrogé tuteur n'est pas appelé à remplir cet office. Car, d'après l'article 420 du Code Napoléon, ses fonctions consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur; ce qui n'est pas notre cas. Il n'y a pas d'opposition ici entre le tuteur et le mineur. Ils

(1) MM. Duranton, t. VIII, n° 442. Coin-Delisle, n° 14. *Contrà*, M. Marcadé, n° 4.

(2) Furgole sur l'art. 7 de l'ord. de 1731. *Contrà*, Brodeau, lettre *D*, somm. 58, n° 8.

(3) Grenier, t. I, n° 69. Toullier, t. V, n° 197.

(4) Cassat., 12 juin 1816 (Devill., 5, 1, 202).

agissent de concert. L'opposition existe, par exemple, quand la donation est faite au mineur par des parents du tuteur.

1134. L'art. 14 de l'ordonnance de 1731 donnait un recours au mineur, contre son tuteur, lorsque le mineur était lésé par le défaut d'acceptation, et il n'y a pas de doute que cette disposition n'ait encore, aujourd'hui, la valeur de la raison écrite; car elle ressort de la nature des choses (1).

1135. Mais ce recours doit-il exister contre le tuteur, lorsque c'est lui-même qui est donateur, et qu'il a fait la faute de ne pas faire nommer au mineur un tuteur *ad hoc?* Évidemment oui (2). Il a fait tort au mineur, en même temps qu'il voulait lui faire du bien; il est garant du préjudice qui en résulte.

Contre ce sentiment, on dit que la donation non acceptée valablement n'est qu'un projet révocable, que le tuteur a pu se repentir de sa donation, et qu'il est censé avoir voulu révoquer son don, que d'ailleurs on ne saurait lui refuser un droit dont tous les autres jouissent (3)? Mais nous répondons que c'est précisément parce que le tuteur a laissé les choses

(1) L. 7, C., *Arb. tutel.* L. 1, D., *De tutelâ et ration. dist.* L. 2, C., *De administ. rer. public.*

(2) Pothier, *Donat.*, p. 459. Ricard, n° 862. M. Merlin, Répert., v° *Mineur*, § 7, n° 5. Cassat., 12 juin 1816 (Devill., 5, 1, 202). 9 décembre 1829 (Dalloz, 30, 1, 25). Grenoble, 14 juillet 1836 (Dalloz, 37, 2, 157); et Devill., 39, 2, 159).

(3) MM. Grenier, n° 66 *bis*; Toullier, t. V, n° 202. Riom, 14 avril 1829 (Dalloz, 32, 2, 76).

dans cet état d'incertitude et de révocabilité, résultant de la nullité, qu'il est garant de cette nullité dont il est cause.

Au reste, la garantie se borne à le priver de l'action en nullité.

1136. Au moyen de l'action en garantie, le mineur ne peut se faire restituer contre le défaut d'acceptation valable (1).

ARTICLE 936.

Le sourd-muet qui saura écrire, pourra accepter lui-même ou par son fondé de pouvoir.

S'il ne sait pas écrire, l'acceptation doit être faite par un curateur nommé à cet effet, suivant les règles établies au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation.*

SOMMAIRE.

1137. Le sourd-muet peut faire une donation en manifestant sa volonté, non-seulement par l'écriture, mais encore par la pantomime.

1138. Cependant, s'il s'agit de l'acceptation d'une donation, le sourd-muet qui ne sait pas écrire devra être assisté d'un curateur *ad hoc.* — Omission de l'article 936.

(1) Art. 14 de l'ord. de 1731. M. Duranton, t. VIII, n° 444. *Infrà*, art. 942.

COMMENTAIRE.

1137. Le sourd-muet n'est plus isolé dans la nature. Un art bienfaisant l'a initié au commerce de la vie (1). On voit aujourd'hui des sourds-muets cultiver les sciences, les lettres et les arts, peindre, graver, lithographier, exceller dans les mathématiques, posséder le talent de l'écrivain et analyser, dans des livres ingénieux, les mystères les plus profonds de l'intelligence. Une langue savante a fait, des cinq doigts de la main, un alphabet complet qui suffit à toutes les études; à cette langue grammaticale se joint le langage naturel du geste, auquel ils savent donner une si grande puissance de communication.

Le sourd-muet peut donc faire une donation, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (2), et il peut la faire non-seulement dans son langage grammatical, mais encore par gestes, lorsqu'il est constant qu'il a été compris par les personnes dont la présence est nécessaire à la donation. La pantomime est un mode de transmission des idées qui peut s'élever à l'expression la plus profonde et la plus vraie, et l'on sait combien l'antiquité était sensible aux impressions que les Roscius, les Bathyles, et autres artistes *aux mains savantes* (3), produisaient sur un auditoire ému et transporté. Le langage d'action peut donc suffire à exprimer les idées plus simples de la vie

(1) *Suprà*, n° 538.
(2) N°s 538 et 539.
(3) Lucien.

commune. On ne voit donc pas pourquoi le sourd-muet ne pourrait, sans la parole, rendre sa volonté de faire une libéralité, en la communiquant par les gestes expressifs de la pantomime.

1138. S'il peut faire une donation, il s'ensuit, au premier coup d'œil, qu'il a aussi capacité pour accepter la donation qui lui est faite. Capable de faire le plus, pourquoi serait-il incapable de faire le moins? Cependant notre article n'a pas porté, dans sa disposition, cette rigueur de raisonnement, et il a cru devoir établir une formalité dans l'intérêt général des sourds-muets, afin qu'ils n'acceptent pas sans connaissance de cause des donations onéreuses. Il veut donc que le sourd-muet ne puisse accepter lui-même une donation que lorsqu'il sait écrire ; mais que, lorsqu'il ne sait pas écrire, la libéralité soit acceptée par un curateur *ad hoc* (1), nommé suivant les règles établies au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation (2).

Pour éclairer d'un jour entier le fort et le faible de l'article 936, il faut considérer ceci : il y a des sourds-muets qui sont privés de l'intelligence de la plupart des rapports civils. La langue du geste, restée pour eux dans l'enfance, n'a pas développé leurs idées, et ils sont comme en dehors des relations avec le monde. M. Itard, médecin des sourds et muets, pensait même, que si ces êtres malheureux n'avaient pas été initiés à la vie intellectuelle par la

(1) M. Marcadé, n° 1. M. Zachariæ, t. V, p. 47.
(2) Art. 480 C. Nap.

culture et l'enseignement, ils étaient, en quelque sorte, privés d'idées, de sensibilité morale, de sentiments affectueux. Peut-être cette thèse est-elle trop absolue (1). Mais il est certain que, si l'instruction ne vient pas ajouter aux idées innées du sourd-muet, s'il ne s'exerce pas à se faire entendre et à entendre, il vit d'une vie plus intérieure qu'extérieure, et demeure, pour ainsi dire, étranger aux actes de ceux qui l'environnent. Ces sourds-muets ont donc évidemment besoin d'un curateur *ad hoc* pour accepter la donation dont ils sont gratifiés. Car ils sont incapables à cause de leur ignorance de ce qui se fait. La disposition de l'article 936 est pour eux un bienfait; elle les relève de leur triste infirmité.

Mais il y a une autre catégorie de sourds-muets. Ce sont ceux que l'éducation a mis en possession de ce qui fait l'homme intelligent. L'article 936 les désigne, quand il parle des sourds-muets qui savent écrire. Le sourd-muet qui est parvenu à savoir écrire a franchi les limites successives qui séparent les ténèbres de la lumière. Il sait lire; il sait s'associer aux idées d'autrui; il sait aussi associer les autres aux siennes propres. Restitué, en quelque sorte, contre la privation de l'ouïe et de la parole, il comprend donc la volonté qui le gratifie; il peut l'accepter en connaissance de cause.

(1) Elle a été réfutée par un sourd-muet de beaucoup d'esprit, M. Ferdinand Berthier, dans un mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques, et imprimé sous le titre : « *Sur l'opinion de feu le docteur Itard*, etc.

Il y a une autre catégorie : c'est celle des sourds-muets illettrés (1), qui ont une capacité constatée, et savent se faire comprendre, en même temps qu'ils comprennent les autres. L'article 936 aurait dû faire une exception pour eux ; il ne l'a pas faite. Il a mis sur la même ligne tous les sourds-muets qui ne savent pas écrire ; il a établi pour tous une formalité égale, qui dispense de recherches individuelles sur l'intelligence du donataire (2). C'est sur ce point que l'article 936 laisse quelque chose à désirer.

ARTICLE 937.

Les donations faites au profit d'hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, seront acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir été dûment autorisés.

SOMMAIRE. — 1139. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1139. L'acceptation des donations faites aux établissements publics a été l'objet de nos observations dans le commentaire de l'art. 910 (3). Nous n'avons rien à y ajouter ici.

(1) Arg. de l'arrêt du 30 janvier 1844 (Devill., 44, 1, 102) rapporté ci-dessus, n° 539.

(2) Toulouse, 16 août 1842, et l'arrêt de rejet du 30 janvier 1844 (Devill., 44, 1, 102).

(3) *Suprà*, n° 676.

Article 938.

La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition.

SOMMAIRE.

1140. Dans les donations, comme dans les autres contrats, la translation du domaine s'opère sans tradition.
1141. Dans les pays de droit écrit, la donation était parfaite par le consentement; *secùs* dans les pays de nantissement.
1142. Dans presque tous les autres pays de coutume, le défaut de tradition était une cause de nullité à l'égard des héritiers et des tiers, mais non à l'égard du donateur.
1143. Il n'y avait que quelques coutumes qui avaient, sur ce point, imité le droit romain.
1144. Le Code Napoléon érigea en loi la disposition admise en droit romain par la loi 35 au Code, *De donat.*
1145. Le consentement solennellement manifesté équivaut aujourd'hui à la tradition même.
1146. Une seule exception à ce principe existe dans l'art. 948.

COMMENTAIRE.

1140. Nous avons eu occasion de le dire ailleurs (1), l'art. 938 a opéré une grande innovation. Bien différent de la jurisprudence des pays coutumiers, il ne fait plus dépendre la perfection de la donation que du consentement des parties solennellement manifesté, auquel il attribue la force d'opérer la translation du domaine.

(1) *Suprà*, n° 71.

Tel est, du reste, le système général du Code Napoléon. Il attache au consentement la puissance de déplacer la propriété, et de la faire passer d'une tête sur une autre (1). Ni dans les successions, ni dans les donations et les ventes, l'investiture et la tradition ne sont un élément nécessaire pour substituer un propriétaire à un autre. Le Code Napoléon s'est mis d'accord avec le droit des gens, avec la philosophie du droit, avec la spiritualité qui doit dominer dans la jurisprudence, en écartant la condition matérielle de la tradition (2).

1141. Mais pour mieux faire connaître l'innovation contenue dans notre article, en ce qui concerne la tradition, il faut remonter à l'ancienne législation dont la simplicité laissait, à cet égard, beaucoup de choses à désirer.

Ce n'est que dans les pays de droit écrit que la donation était parfaite, par le consentement et sans tradition, conformément à la législation de Justinien (3). Mais, dans les pays coutumiers, il en était tout autrement (4). Là, la tradition était indispensable ; elle puisait sa nécessité dans les entrailles du droit coutumier (5).

On sait quel est l'esprit formaliste des législations

(1) Mon comm. de la *Vente*, n°s 36 et suiv.; art. 1583, 711.

(2) Mon comm. de la *Vente*, n° 40. J'ai développé ces idées.

(3) L. 35, § 5, C., *De donat.* Furgole, *Quest. sur les donat.* 38, n° 17, et sur l'art. 15 de l'ord. de 1731.

(4) Furgole sur l'art. 1 de l'ord. de 1731.

(5) Ricard, *Donat.*, p. 1, n°s 908 et suiv. Voy. Merlin, Répert., v° *Devoirs de loi.* Loyseau, *Déguerpiss.*, liv. 3, ch. 1, n° 33. Furgole, quest. 38, n° 21.

barbares ou peu avancées. Elles tiennent essentiellement aux solennités extérieures, et elles ont plus de foi dans l'acte que dans la volonté. De là, le système des saisines, qui s'est maintenu avec tant d'énergie et si longtemps, dans les coutumes de *nantissement*. La tradition y était si rigoureusement exigée, que l'on considérait le défaut de tradition comme une violation de la règle : *donner et retenir ne vaut* (1). Le donateur lui-même n'était sujet à aucune action de la part du donataire, s'il ne s'était dessaisi par la tradition, condition essentielle de l'aliénation (2). Les pays de nantissement avaient conservé le formalisme du vieux droit avec un religieux respect.

1142. Les autres coutumes se montrèrent moins absolues dans leur superstition matérialiste. Tout en respectant la tradition (3), elles ne permirent pas que le donateur fît dépendre sa propre obligation de la tradition réelle. Elles voulurent que le défaut de tradition ne fût opposable que par ses héritiers, ou par les tiers, et non par lui-même (4). Permettre au donateur d'argumenter du défaut de tradition, c'eût été l'autoriser à profiter de sa propre fraude (5). La bonne foi avait fini par l'emporter, en ce point, sur le culte de la forme.

(1) Champagne, art. 44. Ce texte est formel.

(2) M. Merlin, Répert., v° *Donation*, p. 98, cite la réponse du parlement de Douai aux observations du chancelier D'Aguesseau.

(3) Orléans, art. 176, 178, 283.

(4) Châlons, art. 64. Paris, art 274. Orléans, 283. Pothier sur *Orléans*, *Introd.*, t. XV, n° 25.

(5) Pothier, id.

Mais, en ce qui concerne les héritiers et les tiers, le respect antique de la tradition se retranchait dans la maxime : *donner et retenir ne vaut*. Ajoutons, que la tendance à conserver les biens dans les familles faisait regarder les donations avec aversion, et qu'en obligeant le donateur à se dessaisir, on lui imposait une loi rigoureuse qui pouvait souvent modérer ses libéralités (1).

1143. Il faut dire, cependant, qu'il y avait quelques coutumes qui avaient eu la sagesse de devancer le Code Napoléon, et d'imiter le droit romain (2).

1144. Tel était à peu près l'état des choses au moment de la promulgation du Code Napoléon. Je néglige, en ce moment, beaucoup de détails curieux peut-être, au point de vue de l'histoire, mais peu utiles désormais pour éclairer le Code Napoléon.

Notre article, ayant à se prononcer entre le droit coutumier et le droit romain, a érigé en loi la disposition de la loi 35 au Code *De donat.*, et c'est le parti le plus sage qu'il pouvait prendre. En effet, il est presque impossible de donner un motif raisonnable à la solennité de la tradition (3) ; dire que le défaut de dépossession actuelle était contraire à la maxime : *donner et retenir ne vaut*, c'est certainement exagérer le vrai sens de cette règle pleine de sagesse. Car, on ne peut pas dire que le donateur a retenu la chose

(1) *Infrà*, n° 1193.

(2) Bourbonnais, art. 122. Touraine, art. 240. Lodunois, ch. 25, art. 2. Anjou, art. 341. Maine, art. 353.

(3) M. Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. 5, § 2, p. 101, col. 1, 2 et suiv., a discuté ce point.

donnée, lorsqu'il a investi le donataire d'une action pour le forcer à la délivrer. *Is qui actionem habet ad rem, jam ipsam rem habere videtur.*

D'un autre côté, donner aux héritiers une action en nullité que n'a pas le donateur, permettre aux héritiers d'ébranler une donation parfaite entre le donataire et le donateur, c'est sortir des règles. C'est se jeter hors de la nature des contrats pour s'attacher à l'arbitraire dans un intérêt de faveur.

Le Code Napoléon est même allé plus loin que le droit romain. Non-seulement, par le consentement, la donation est parfaite; mais encore la propriété est transférée. Au reste, le Code n'a fait ici qu'être fidèle à son système général, d'après lequel la tradition a cessé d'être nécessaire pour la translation de la propriété.

1145. Ainsi donc, le consentement seul, par la puissance unique de la volonté, opère un effet définitif, un vrai dessaisissement. Il équivaut à la tradition même; non-seulement il forme ce que quelques jurisconsultes appelaient la tradition de droit (1), mais encore il dispense de la tradition de fait, qui, dans l'ancien droit, devait suivre la tradition de droit (2). C'est pourquoi, l'art. 938 se servant d'une locution qui peut paraître étrange aux personnes peu versées dans la connaissance des précédents, mais parfaitement explicable pour ceux qui les ont étudiés, dit que la donation est parfaite *sans autre tradition*, ce

(1) Ricard, part. 1, ch. 4, sect. 2. M. Merlin, Répert., v° *Donation*, p. 96.

(2) M. Merlin, Répert., v° *Donat.*, *loc. cit.*

qui veut dire : sans tradition de fait, sans autre tradition que celle qui résulte du consentement (1).

1146. Nous verrons, à l'art. 948, une exception au principe que la donation est parfaite par le seul consentement des parties. Cet article exige, en effet, que dans les donations d'effets mobiliers, un état estimatif d'iceux soit joint à la minute de la donation.

ARTICLE 939.

Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés.

SOMMAIRE.

1147. La transcription dérive de l'ancienne formalité de l'insinuation.

1148. De l'insinuation en droit romain, depuis Constance Chlore jusqu'à la chute de l'empire romain.

1149. De l'insinuation en Occident, du ve au IXe siècle. — Ce que devient cette formalité jusqu'à l'ordonnance de 1731, qui la règle d'une manière définitive.

1150. L'insinuation étant requise dans l'intérêt des tiers, le donateur ne pouvait opposer le défaut d'insinuation. — Il n'en était pas de même de ses ayants cause.

1151. Discussion au conseil d'État sur l'inutilité de l'insinuation en présence de la disposition de la loi du

(1) V. dans Fenet, t. II, p. 283, l'art. 54 du projet.

11 brumaire an VII, qui exigeait la transcription pour tous les actes translatifs de propriété.

1152. La publicité des donations paraît au conseil d'État suffisamment sauvegardée par la transcription.

1153. L'art. 938 se borne à distinguer, pour la nécessité de la transcription, entre les biens immeubles et les biens meubles.

1154. Erreur de M. Toullier sur le but direct et principal de la transcription.

1155. Bien que la transcription ait remplacé l'insinuation, elle a cependant plus d'étendue que l'insinuation.— Renvoi.

1156. Sans la formalité de la transcription, la donation ne sera plus entre les parties qu'un pacte nu.

1157. A la différence de l'insinuation, la transcription n'est assujettie à aucun délai.

1158. La transcription pourrait-elle avoir lieu valablement dans les dix jours qui précèdent la faillite du donateur? — *Quid* s'il s'agit de donations par contrat de mariage?

1159. *Quid* s'il s'agit de donations ordinaires?

1160. Suite.

1161. Suite.

1162. Si la transcription d'une donation ordinaire est faite après la faillite, elle n'aura aucune valeur.

1163. Les donations des biens meubles sont dispensées de la transcription.

1164. La loi n'exige la transcription que des donations de biens susceptibles d'hypothèque.

1165. *Quid* à l'égard des donations d'actions hypothécaires?

1166. *Quid* à l'égard d'une donation de droits successifs?

1167. La loi ne distingue pas si les donations dont il s'agit sont ou non conditionnelles, avec ou sans charges.

1168. Malgré la disposition de l'ordonnance de 1731, les donations par contrat de mariage ne sont point dispensées de transcription.

1169. Mais la transcription n'est point exigée pour les insti-

tutions contractuelles. — *Quid* des donations universelles?

1170. Et des donations entre époux?

1171. Et des donations à titre de gain de survie?

1172. Les donations déguisées sous forme de contrat onéreux ne sont point non plus soumises à la transcription.

COMMENTAIRE.

1147. La transcription de la donation va nous occuper. Mais le droit nouveau, à qui elle doit son existence, ne peut être bien apprécié qu'en remontant à l'insinuation qui avait précédé la transcription et qui tenait une grande place dans l'ancienne jurisprudence (1).

1148. La formalité de l'insinuation nous venait du droit romain; il en est question, pour la première fois, dans la loi 25, C. *De donat.* Elle fut introduite par le père du grand Constantin, par Constance Chlore qui gouvernait alors les Gaules, l'Espagne et la Bretagne. Constantin en fit l'objet de règlements nouveaux contenus dans la loi précitée. Ces règlements, diversement modifiés par les successeurs de ce prince, furent en partie changés par l'empereur Justinien qui fixa le dernier état de la jurisprudence par la loi 36, paragraphe dernier, C. *De donat.* Il fut décidé que toute donation mobilière ou immobilière excédant cinq cents écus d'or serait assujettie

(1) Ord. de Moulins, art. 58. Art. 20 de l'ord. de 1731. Furgole sur cette ordonnance. Ricard, part. 1, ch. 4, sect. 3, glose 6. Ferrières *sur Paris*, art. 284, § 2. Devilleneuve, 46, 1, 226.

à la formalité de l'insinuation. Le motif qui fit introduire l'insinuation fut la nécessité de protéger les créanciers, et de bannir le secret si capable de favoriser des donations immenses et de honteuses prodigalités (1), ou (comme dit la jurisprudence de Guy Pape) d'éviter les artifices par lesquels on portait facilement les faibles à se défaire de leurs biens (2). C'était un motif d'ordre public tel, que l'omission de l'insinuation annulait la donation pour tout ce qui excédait les cinq cents écus d'or, et que le donateur lui-même pouvait l'opposer. *Nam ubi non intervenit insinuatio, donator potest repetere res donatas* (3). C'est ce qui résultait des lois 34, C. *De donat.*, et 36 du même titre. En sorte que, dans le droit romain, il en était de la solennité de l'insinuation comme il en est parmi nous de la nécessité de passer l'acte devant notaires. Elle était de la forme et de l'essence de la donation (4).

1149. Après la chute de l'empire romain, l'insinuation demeura en vigueur en Occident. Marculfe nous a conservé plusieurs formules d'insinuation (5),

(1) « *Insinuatio donationis requiritur si quingentos aureos* » *excedat, cùm alioquin clandestinis et domesticis fraudibus* » *facilè quidvis pro negotii opportunitate confingi posset, vel id,* » *quod verè gestum est, aboleri in præjudicium creditorum,* » *maximè inter necessarias conjunctasque personas.* » (Voët, *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n° 15.)

(2) *Des donat.*, art. 2, p. 226.

(3) Cujas *sur la loi ult.*, C., *De jure dotium.*

(4) M. Merlin, Répert., v° *Donation*, p. 136, 137.

(5) 11, 37, 38. Mabillon, c. 1.

Il y en a de nombreux exemples dans les actes des ve, vi^e, viie, viiie et ixe siècles (1).

Il est permis de croire, cependant, que lorsque le formalisme du droit féodal eut imposé à la donation la nécessité d'une tradition réelle, l'insinuation tomba en désuétude (2); non pas peut-être d'une manière générale, car on en trouve des exemples au xiiie siècle en Auvergne (3), mais au moins dans beaucoup de lieux. On y revint, quand s'introduisit l'usage des traditions feintes si favorables au secret des donations. Car il est constant, ainsi que le dit Ricard (4), « que plusieurs sont retenus de disposer de leurs biens par la considération qu'ils ne peuvent le faire sans rendre leurs donations publiques. » C'est pourquoi François Ier exigea qu'à l'avenir les donations fussent insinuées, par une ordonnance de 1539, qui servit de fondement à la jurisprudence française sur l'insinuation ; puis vint l'ordonnance de Moulins pour réitérer et fortifier l'obligation de se soumettre à cette formalité préservatrice (5). Il est à remarquer, du reste, que les pays de nantissement, qui avaient conservé l'antique usage d'une tradition solennelle, furent affranchis de l'in-

(1) Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, ch. 4, § 45.

(2) M. Merlin, Répert., v° *Don manuel*, p. 46, col. 2, alinéa 2.

(3) Ducange, v° *Insinuatio*.

(4) *Loc. cit.*

(5) Art. 38.

sinuation : ç'eût été pour eux une véritable superfétation (1).

L'ordonnance de 1731 régla d'une manière définitive ce qui concernait l'insinuation. En faisant cesser les variations de jurisprudence qui l'avaient précédée, elle voulut que toutes donations, même mutuelles, ou rémunératoires, ou pieuses, fussent insinuées, à peine de nullité, n'exceptant que les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe, et les donations de meubles avec tradition réelle (2). Il suffisait que l'insinuation fût faite dans les quatre mois du jour de la date de la donation, soit que le donateur ou le donataire fussent décédés. Alors elle était valable contre tous les tiers, même contre ceux qui avaient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la donation et l'insinuation. Que si l'insinuation se faisait après les quatre mois, elle n'était pas tout à fait inutile, pourvu qu'elle se fît du vivant du donateur; elle n'avait d'effet que du jour de sa date (3).

Du reste, on sait que l'insinuation consistait à transcrire l'acte de donation dans les registres publics destinés à cet effet. Tout le monde pouvait en prendre connaissance.

1150. L'insinuation n'ayant été requise par les ordonnances que pour rendre publiques les donations, et afin de ne pas induire en erreur ceux qui,

(1) Art. 33 de l'ord. de 1731.
(2) Art. 15.
(3) Art. 26.

par la suite, contracteraient avec le donateur, il s'ensuivait que, par une dérogation au droit romain introduite par l'art. 50 de l'ordonnance de Moulins, le défaut d'insinuation ne pouvait être opposé par le donateur, puisque ce n'était pas par rapport à lui qu'elle avait été ordonnée, et qu'il n'y avait aucun intérêt (1). Mais les créanciers, les acquéreurs à titre onéreux, les donataires postérieurs et les légataires, pouvaient s'en prévaloir (2). Bien plus, les héritiers du donateur pouvaient aussi en argumenter; ce que l'intérêt public avait fait admettre, de crainte que le défaut de connaissance des donations ne les engageât à accepter une succession dans laquelle ils croiraient être compris des biens qui en étaient sortis.

Mais ceux qui étaient responsables envers le donataire du défaut d'insinuation, ne pouvaient exciper de ce vice. Cela arrivait toutes les fois que celui qui opposait le défaut d'insinuation se trouvait avoir été l'administrateur des biens du donataire, et avoir été tenu, en cette qualité, de l'insinuation; ou bien encore lorsque celui qui opposait ce même défaut était héritier de cet administrateur ; car il succédait à ses obligations. C'est par cette raison que si un tuteur

(1) Ricard, *Donat.*, p. 1, n° 1231. Pothier, *Donat. entre-vifs*, p. 479, et *Introd.* au tit. 15, n°s 45 et 60, d'après l'ord. de 1731, art. 27. Ainsi il ne faut pas s'arrêter à la décision du président Favre, qui écrivait sous le droit romain, lequel dit, en son Code, déf. 9, *Ad tit. De insin. donat. : « Donatio » inter vivos non insinuata, cùm insinuari debeat, potest revo- » cari ex solâ pœnitentiâ. »*

(2) Art. 27 de l'ord. de 1731.

avait fait une donation à son mineur, les héritiers de ce tuteur n'étaient pas recevables à opposer le défaut d'insinuation (1).

Telles étaient les règles principales relatives aux formalités et aux effets de l'insinuation (2).

1151. Elles furent observées jusqu'au moment de la promulgation du Code. Mais lorsqu'on s'occupa de la rédaction du corps de nos lois civiles, on s'aperçut que l'insinuation, dont le but était la publicité de la donation, était à peu près inutile depuis que la loi du 11 brumaire an VII avait, dans les mêmes vues, ordonné la transcription de tous actes translatifs de propriété, et par conséquent des donations (3). L'insinuation fut donc proscrite comme un double emploi, malgré les vives oppositions de M. Tronchet, qui insista pour qu'on la maintînt. Car, disait-il, « l'insinuation a, dans son principe et » dans ses effets, un objet beaucoup plus étendu et » beaucoup plus avantageux que la transcription : » elle garantit les héritiers du danger d'accepter une » succession devenue onéreuse par l'effet d'une do- » nation faite avec réserve d'usufruit. Il leur est fa- » cile, en parcourant le registre particulier des insi- » nuations, beaucoup moins volumineux que celui

(1) Art. 31 de l'ord. de 1731.

(2) L'on trouvera sur cette matière les détails les plus approfondis dans un plaidoyer de M. Merlin, rapporté au mot *Don mutuel*, Répert., § 3, et dans un arrêt de cassation du 14 prairial an XIII, qui y est cité dans toute son étendue.

(3) M. Bigot, discussion du conseil d'État (Fenet, t. XII, p. 359).

» des hypothèques, de s'assurer s'ils ne s'exposent » point à cet inconvénient..... D'ailleurs, la loi de » l'insinuation et celle de la transcription existent » également : la dernière n'est applicable qu'aux » donations qui transmettent la propriété de choses » immobilières : les autres donations ne peuvent » donc devenir publiques que par l'insinuation (1). »

Mais ces observations ne firent point d'effet sur la majorité de la section. On se laissa diriger par l'idée que l'insinuation et la transcription étaient deux moyens identiques, concourant au même but, et que, par conséquent, c'était augmenter inutilement les frais. On renonça même à imposer la transcription aux donations de choses mobilières, parce que rien n'était plus facile que d'éluder la publicité par la faculté de faire des dons manuels.

1152. On voit qu'en abolissant l'insinuation, le conseil d'État resta pénétré du besoin de publicité qu'elle était chargée d'assurer. La discussion qui nous a été conservée prouve à l'évidence que les membres du conseil d'État de toutes les opinions sentirent que la donation était environnée de si grands dangers et de tant de moyens de fraude, qu'elle ne pouvait se passer de publicité. C'est dans ce sens que parlèrent MM. Treilhard et Jollivet, qui insistèrent le plus fortement sur l'abolition de l'insinuation (2). Ils ne proposèrent de s'en tenir à la transcription que

(1) Fenet, t. XII, p. 361. M. Grenier, *Hypothèque*, t. II, n° 359.

(2) Fenet, t. XII, p. 360.

parce que celle-ci procurait un degré de publicité égal à l'insinuation. « Les registres hypothécaires, » dit M. Treilhard, assurent mieux la publicité de la » donation que les registres beaucoup plus obscurs de » l'insinuation. » M. Jollivet ajoute : « En prescri- » vant l'insinuation, l'ordonnance de 1731 ne s'est » proposé que de rendre les donations publiques. » Mais la loi du 11 brumaire an VII a, dans les mêmes » vues, ordonné la transcription, et les donations » y sont sujettes. Aussi, dans beaucoup de dépar- » tements, on a été frappé de l'inutilité de l'insi- » nuation, depuis que la transcription est devenue » indispensable. »

Il faut donc partir de ce point capital que la transcription ne fut envisagée, par les rédacteurs du Code, que comme remplacement de la publicité de l'insinuation. Quant aux effets hypothécaires de la transcription, on se fit une loi de garder le silence. Des réserves furent expressément faites à cet égard (1). La loi du 11 brumaire an VII était alors en vigueur. Mais on ignorait encore si elle serait, oui ou non, remplacée par un autre système. On ne voulut donc rien préjuger.

1153. Il est vrai que l'art. 939 déclare ne s'appliquer qu'aux biens susceptibles d'hypothèques. Mais il ne suit pas de là qu'il entende influer, en quoi que ce soit, sur le régime hypothécaire. S'il parle ainsi, c'est pour montrer la distinction que nous avons signalée, tout à l'heure, entre les biens meubles et les biens immeubles.

(1) M. Bigot (Fenet, t. XII, p. 360), et M. Treilhard (id.).

1154. De là, il suit que la transcription de la donation n'est pas, directement et principalement (ainsi que l'a soutenu M. Toullier (1)), une formalité préparatoire de la purge hypothécaire. L'art. 939 ne s'est pas préoccupé de ce point. Il l'a réservé pour l'avenir (2). Il n'a eu en vue que l'existence même de la donation et sa stabilité à l'égard des tiers, indépendamment du régime hypothécaire. Décider le contraire, ce serait méconnaître le vrai sens de la transcription, lui ôter son caractère spécial *et sui generis*, et la rabaisser au rang d'une formalité banale et commune à tous les contrats. Elle a une signification propre, ainsi que l'insinuation. Elle remplace l'insinuation pour consolider la donation, mais non pour se lier aux nécessités du régime hypothécaire (3).

1155. Mais en tenant la place de l'insinuation, il n'est pas vrai qu'elle ne vaille que ce que valait l'insinuation, et qu'elle n'ait pas d'autres effets et une autre étendue. Il n'y aurait pas de plus grande erreur que de vouloir calquer la portée de la transcription sur celle de l'insinuation.

Et d'abord, d'après l'ordonnance de 1731, les donations de choses mobilières n'étaient pas exemptes de l'insinuation dans tous les cas (4). Elles y étaient soumises au-dessus de 1,000 livres. Au contraire,

(1) T. V, nos 337 et suiv.
(2) Voy. l'art. 2181, C. Nap.
(3) Mon comm. des *Hypothèques*, t. IV, n° 904.
(4) Pothier *sur Orléans, Introd.* au tit. 15, n° 49.

la transcription n'embrasse pas les dons de meubles.

De plus, la transcription n'a pas été introduite, comme l'insinuation, en faveur des héritiers du donateur; car la loi du 11 brumaire an VII, avec laquelle on la mettait en harmonie sous certains rapports, n'avait pas eu en vue ces sortes de personnes; elle n'avait voulu favoriser que les tiers acquéreurs et les créanciers. On voit, par la discussion du Code Napoléon, que l'exclusion des héritiers du donateur à se faire un moyen du défaut de publicité, sous le régime de la transcription, était un des principaux motifs qui faisaient regretter à M. Tronchet l'insinuation (1). Au reste, nous reviendrons là-dessus, dans notre commentaire de l'art. 941.

1156. S'il est vrai que les rédacteurs du Code ont eu la ferme volonté de donner une grande publicité aux donations, ainsi que les législateurs de tous les temps en ont senti la nécessité, il s'ensuit que la transcription, chargée d'assurer cet effet, est une formalité obligatoire pour le donataire (2), s'il veut que sa donation produise tous les résultats contre les tiers, dans l'intérêt desquels est requise la publicité. A la vérité, la donation restera parfaite entre le donateur et le donataire; mais, à l'égard des tiers, ce ne sera qu'un pacte nu, incapable d'effets. Sans cela, il serait libre aux deux contractants d'étouffer cette publicité, à laquelle la loi attache tant d'importance par des motifs de morale et de justice qui sautent facilement aux yeux.

(1) Fenet, t. XII, p. 361.
(2) Arg. de l'art. 940.

1157. Aucun délai n'a été assigné au donataire pour faire transcrire la donation, la loi s'en est rapportée à son intérêt. C'est encore un point où la transcription se distingue de l'insinuation (1). On a pensé que cet intérêt personnel, qui est du reste très-grave (2), serait le meilleur excitant à la diligence.

1158. A ce propos, on demande si le donateur étant tombé en faillite, la transcription pourra avoir lieu valablement après l'époque de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui la précèdent (art. 446, 448, Code de commerce).

Les monuments de jurisprudence de la cour de cassation ne résolvent pas la question d'une manière absolue. Ses arrêts ne se sont prononcés, à ma connaissance, que sur des donations faites par contrat de mariage (3), c'est-à-dire sur les donations qui ne sont pas dans le domaine des actes purement gratuits ; car le mari qui reçoit la dot accepte les charges du mariage. Or, l'on sait que dans l'esprit du Code de commerce, et malgré ses suspicions contre les actes faits dans le voisinage de la faillite, il ne présume pas la fraude de plein droit dans les aliénations faites à titre onéreux. Il faut, d'après l'art. 447, que la fraude soit prouvée, et dans les cas jugés par

(1) *Suprà*, n° 1149.

(2) Art. 941.

(3) Cassat., 2 mars 1847 (Devill., 47, 1, 186, affaire Comitis). Bourges, 9 août 1847 (Devill., 47, 2, 485), après renvoi, et Cassat., rej., 24 mai 1848 (Devill., 48, 1, 438). *Junge* Cassat., 26 novembre 1845 (Devill., 46, 1, 226). Montpellier, 4 juin 1844 (Devill., 45, 2, 401), mêmes circonstances.

faits par le débiteur, fortifie la parité que nous établissons ici entre l'inscription prise par le créancier, et la transcription faite par le donataire, inscription et transcription qui ne sont pas plus l'une que l'autre le fait du débiteur failli.

1160. Cette solution semble acquérir un haut degré de force, par la jurisprudence de la cour de cassation, sur l'époque de la signification du nantissement, alors qu'il y a faillite (1). Elle décide que le délai des dix jours qui précèdent la faillite n'est pas un temps de suspicion pour la signification du nantissement au débiteur, conformément à l'article 2075 du Code Napoléon, et que cette signification peut avoir lieu jusqu'au jour du jugement portant déclaration de faillite. On comprend toute la force de cette jurisprudence, et l'argument puissant qu'elle fournit. Car la signification, au débiteur, de l'acte de nantissement est une condition tout à fait essentielle de l'établissement du privilége du créancier gagiste (2). Sans signification, l'acte de nantissement est incomplet; il est incapable d'engendrer un privilége. Or, si malgré cette nécessité substantielle de la signification, on peut l'opérer dans les dix jours qui précèdent la faillite, combien, à plus forte raison, la transcription qui ne crée pas la donation, qui ne fait que lui donner une valeur extrinsèque, à peu près comme l'inscription par rapport à l'hypothèque, qui ne fait qu'ajouter aux droits personnels

(1) Mon comm. du *Gage*, n°s 273, 274, 275, 276.
(2) Texte de l'art. 2075.

résultant déjà du contrat, un droit réel opposable aux tiers.

1161. Je sais qu'on peut objecter, au système que nous défendons ici, une raison qui ne manque pas de gravité : c'est que, sans la transcription, la donation reste sans publicité à l'égard des tiers; c'est que c'est la transcription qui, seule, avertit légalement ces mêmes tiers, que l'actif du commerçant ne comprend plus les biens donnés, et qu'il ne faut plus compter sur cette partie de son avoir pour calculer les forces de son crédit ; c'est que ce serait tendre un piége à la bonne foi que de valider des libéralités occultes qui laissent les dehors factices de la richesse à celui dont la solvabilité est ébranlée (1). Mais ne peut-on pas répondre que les inscriptions hypothécaires, qui ne se montrent que dans les dix jours de la faillite, ont les mêmes inconvéniens, et que, cependant, le Code de commerce leur permet de se manifester à cause du droit acquis dont elles sont la suite (2)? Si la loi tient compte des hypothèques qui sont restées dans l'ombre et que les tiers n'ont pu soupçonner, si elle accepte comme bonnes les inscriptions de ces hypothèques, qui se produisent dans les dix jours, pourvu qu'elles procèdent de droits valablement acquis antérieurement, on ne conçoit pas pourquoi on rejetterait une transcription, faite dans les dix jours, pourvu que la donation, dont

(1) M. Esnault, *Des faillites*, t. I, n° 194. Voy. aussi M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 67, 68.

(2) Art. 448, C. de comm.

elle est le complément, soit faite sans fraude et en temps non suspect. Que si le mystère, gardé par les parties, est un artifice répréhensible pour tromper les tiers, on frappera la donation. Mais il n'en sera pas de même s'il y a eu bonne foi.

1162. Au reste, il est bien entendu que la transcription n'aurait aucune valeur, si elle était faite après le jugement déclaratif de la faillite. Par la faillite, le débiteur est dessaisi de ses biens; ses créanciers les prennent dans l'état où ils sont; ils en sont investis à titre de dation en payement, et tout se trouve arrêté par leur main mise. Le donataire viendrait donc dans un moment où les choses ne sont plus entières, s'il faisait transcrire après la faillite; il ressemblerait à un donataire qui ferait transcrire, quand le donateur a cessé d'être propriétaire de la chose par une vente (1).

1163. On a vu que notre article, dérogeant aux règles de l'insinuation, ne soumet à la transcription que les biens susceptibles d'hypothèque, excluant par là, de la nécessité de cette formalité, les donations de meubles. Cette partie de notre article a donné lieu à de sérieuses difficultés.

La première pensée qui se présente à l'esprit, c'est d'expliquer l'art. 939 par l'art. 2118 du Code Napoléon qui donne une définition (et une définition limitative) des biens susceptibles d'hypothèque (2).

(1) Montpellier, 27 avril 1840 (Dalloz, 40, 2, 211). M. Bayle-Mouillard, *loc. cit.*

(2) Mon comm. des *Hypothèques*, nos 398 et suiv.

A ce compte, rien ne serait plus simple que de décider si une donation de servitude, de droit d'usage et d'habitation doit être transcrite. Comme ces droits ne sont pas susceptibles d'hypothèque, il faudrait dire, l'art. 2118 à la main, que l'art. 939 ne prescrit pas la transcription de ces sortes de donations.

Beaucoup d'auteurs soutiennent cependant qu'elles doivent être transcrites (1), et il a été jugé qu'un donataire ne pouvait, à défaut de transcription, demander la distraction de ces droits contre un créancier du donateur, procédant à une saisie (2).

On fait valoir dans ce système le danger des fraudes. Mais si le législateur avait voulu astreindre toutes les donations immobilières à la transcription, pourquoi ne l'aurait-il pas dit? Pourquoi s'est-il servi d'une locution limitative et qui n'embrasse pas tous les biens immeubles. Reportons-nous au travail d'élaboration de l'art. 939. Qu'a-t-on entendu faire? Soumettre les donations à la transcription dans les cas où la loi de brumaire an VII les y soumettait. Or, les art. 26 et 6 de cette loi sont formels sur les cas où la transcription était nécessaire. Ils conduisent à un résultat pareil à celui qui ressort de la combinaison de l'article 939 avec l'art. 2118 (3).

A notre sens, on repoussera donc le système de

(1) M. Grenier, t. II, n° 162. M. Coin-Delisle, art. 939, n° 11.
(2) Riom, 24 mai 1842 (Devill., 42, 2, 340).
(3) MM. Bayle-Mouillard, t. II, note sur le n° 162; Marcadé sur l'art. 939, n° 4; Duranton, t. VIII, n° 504.

la nécessité absolue de la transcription. On la restreindra aux seules donations de biens susceptibles d'hypothèques.

1164. Ainsi seront soumises à la transcription les donations d'usufruit, d'emphytéose, d'actions de la banque immobilisées (1), etc., etc.

1165. La question est plus délicate à l'égard des donations d'actions immobilières, par exemple : d'une action en réméré, ou en rescision.

La raison de douter est que ces actions ne sont pas susceptibles d'hypothèque (2). Mais elles donnent le droit d'hypothéquer éventuellement l'immeuble qui en est l'objet. Il n'en faut pas davantage, dit très-bien M. Bayle-Mouillard, pour que l'art. 939 leur soit applicable (3).

1166. Il en est de même d'une donation de droits successifs (4). Car en vertu de la maxime : « *Le mort* » *saisit le vif,* » les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens du défunt, et dès lors les droits à une succession sont de véritables droits de propriété sur les biens immeubles qui la composent, et non une simple action pour les réclamer. La donation de tels droits constitue une transmission réelle de la propriété de ces biens.

1167. On doit soumettre à la transcription toutes les donations quelconques de biens susceptibles

(1) Décret du 16 janvier 1808, art. 7.

(2) Mon comm. des *Hypothèques,* n° 406.

(3) *Loc. cit.*, sur le n° 164 du t. II de M. Grenier. *Junge* Duranton, *loc. cit.*

(4) Cassat., 21 janvier 1839 (Dalloz, 39, 1, 57).

d'hypothèque, même celles qui sont conditionnelles (1), même celles qui sont grevées de charges (2), même les donations rémunératoires, et celles qui sont faites pour services et fondations (3).

1168. On ne saurait excepter de la transcription les donations de biens présents par contrat de mariage (4). Il est vrai que l'ordonnance de 1731 exemptait de l'insinuation celles qui étaient faites par contrat de mariage en ligne directe (5), parce qu'on les considérait moins comme des donations que comme des offices de piété, et d'un devoir indispensable. On ajoutait que les contrats de mariage ont une grande publicité et que l'insinuation n'y pouvait rien ajouter sous ce rapport (6). Mais ni l'art. 939, ni aucun autre du Code Napoléon, n'ont admis cette exception. On ne peut donc en argumenter pour l'introduire dans la jurisprudence actuelle.

1169. Les institutions contractuelles ne sont pas des donations proprement dites. Quoique irrévocables, elles tiennent du testament et elles ne transfèrent pas la propriété. Car l'instituant conserve le droit d'aliéner les biens compris dans l'institu-

(1) MM. Duranton, t. VIII, n° 316. Coin-Delisle, n° 16.
(2) Ord. de 1731, art. 20.
(3) Id.
(4) Ferrières *sur Paris*, art. 284, glose 3, n°s 35 et 45. Douai, 16 février 1846 (Devill., 46, 2, 319). M. Duranton, t. IX, n° 668. *Infrà*, n° 2341.
(5) Art. 19.
(6) Furgole sur cet article.

tion (1). La transcription n'y est donc pas plus requise que ne l'était autrefois l'insinuation (2).

Il en est de même des donations de biens présents et à venir faites par contrat de mariage, auxquelles n'est pas joint l'état des dettes prescrit par l'article 1084; car alors elles ont un grand rapport avec l'institution contractuelle.

Mais quand l'état des dettes y est annexé, comme elles sont alors susceptibles de division au décès du donateur, et que le donataire peut opter, à ce moment, pour les biens présents, la transcription est nécessaire en ce qui concerne ces biens, afin que le donataire puisse opposer son titre aux tiers acquéreurs à qui le donateur les aurait vendus, en tout ou en partie, et exercer contre eux l'action révocatoire. Elle est encore nécessaire pour qu'il puisse soustraire lesdits biens à l'action des créanciers postérieurs à la donation (3). Quant aux créanciers existants lors de la donation, l'intérêt est moindre, puisque le donataire est chargé expressément de les payer (art. 1085). Si cependant un d'eux avait été omis dans l'état annexé, il serait fondé à se prévaloir du défaut de transcription (4).

(1) Furgole sur l'art. 20 de l'ord. de 1731. Ferrières, *loc. cit.*, n° 39. Pau, 2 janvier 1827 (Devill., 8, 2, 304). Grenier, n° 430. *Infrà*, n° 2347 et suiv.

(2) Lebrun, *Success.*, 3, 2, 16. Furgole sur l'ord. de 1731, art. 20. *Contrà*, Ricard, n° 1149, qu'on trouve si souvent en défaut.

(3) MM. Grenier et Freminville, t. III, n° 437, à la note.

(4) M. Toullier, t. V, n° 863. *Infrà*, n° 2404.

1170. Les donations entre époux, faites pendant le mariage, ne sont pas soumises à la transcription; car elles sont essentiellement révocables (1).

1171. Les gains de survie avaient été dispensés de l'insinuation, par l'art. 21 de l'ordonnance de 1731. Toutefois, cette exemption n'était pas absolue; elle ne s'appliquait qu'aux gains de survie en usage dans les localités, et non aux gains de survie extraordinairement stipulés en dehors des habitudes des contrats de mariage. Quand ces gains de survie rentraient dans la classe des pactes ordinaires, on les considérait moins comme des libéralités que comme des clauses propres à balancer les avantages réciproques, et à établir de justes et favorables compensations. Les soumettre, par conséquent, à l'insinuation, c'eût été s'exposer à détruire l'esprit et la liaison essentielle de toutes les clauses d'un contrat de mariage; c'eût été créer des rigueurs irréparables (2). C'était, du reste, en ce sens que la jurisprudence s'était prononcée, même avant l'ordonnance, ainsi qu'on peut le voir par les arrêts rapportés par Brodeau (3), par Ferrières (4). On y distinguait les pactions matrimoniales, usuelles et ordinaires, des donations formelles, les premières étant dispensées de la formalité de l'insinuation, les secondes y étant sujettes (5).

(1) Grenier, n° 436. M. Duranton, n° 509. M. Coin-Delisle, n° 19.

(2) Préambule de la déclaration du 23 juin 1729. Furgole sur l'art. 21 de l'ord. de 1731.

(3) *Sur Louet*, lettre *D*, somm. 64.

(4) *Sur Paris*, art. 184, glose 3, n° 47 *in fine*.

(5) Id.

Ce point de droit avait été confirmé et expliqué par les lettres patentes du 3 juillet 1769. Ainsi les donations de biens présents en cas de survie, sortant de la classe des conventions matrimoniales, étaient sujettes à l'insinuation. Mais il n'en était pas de même des gains de survie, même extraordinaires, portant sur les biens que le donateur aurait à son décès; elles n'étaient soumises qu'à une insinuation bursale, après la mort du donateur, et sans influence sur leur validité (1).

Le Code n'a pas répété cette disposition. Les donations par contrat de mariage portant gain de survie sont donc soumises, de droit, à la règle générale, et on ne doit les en exempter que lorsqu'elles portent (ce qui arrive souvent) le caractère de dispositions à cause de mort, ou qu'au lieu d'être de véritables gains de survie et de mériter le titre de donation, elles sont plutôt des pactes de société.

Supposons qu'une femme donne à son mari, en cas de survie, l'usufruit de tel immeuble déterminé ; malgré la condition de survie, on ne saurait dire qu'il y a là une donation à cause de mort. C'est une donation entre-vifs, suspendue par une condition casuelle. La donatrice est liée irrévocablement ; elle ne peut aliéner la chose au préjudice de l'usufruit de son mari. Celui-ci a un droit acquis, et sa donation n'aura d'effet, à l'égard des tiers, que si elle est transcrite (2).

(1) Bergier *sur Ricard*, t. I, p. 285, note *A*.

(2) Devilleneuve, 4, 2, 231. La matière est très-bien exposée

Que si la donation est faite à la femme survivante par le mari, au lieu d'avoir été faite au mari survivant par la femme, les principes sont absolument les mêmes. Seulement, l'épouse aura l'avantage d'une hypothèque légale en vertu de l'art. 2135 du Code Napoléon (1).

Mais ceci a besoin d'être expliqué.

La femme, comme donataire, n'a rien à demander. Son titre est nul. Elle n'a pas l'action révocatoire contre les tiers acquéreurs de l'immeuble soumis à l'usufruit (2); elle ne peut se présenter à titre de donataire aux créanciers antérieurs ou postérieurs de son mari (3); elle ne peut même faire valoir son hypothèque légale en tant qu'elle la rattache à la donation. Cette donation, étant invalide en soi, ne saurait donner naissance à une action hypothécaire efficace (4).

Mais la femme peut être créancière de son mari à cause du défaut de transcription; c'est ce qui arrive, aux termes de l'art. 942 du Code Napoléon, lorsque le mari est reconnu coupable de négligence dans l'accomplissement du mandat que lui donne l'art. 940 de faire transcrire la donation. En pareil cas, la

dans la note à laquelle nous renvoyons. Voy. aussi Cassat., 25 thermidor an XIII (Devill., 2, 1, 154). 9 septembre 1811 (Devill., 3, 1, 405). 10 mars 1840 (Devill., 40, 1, 122). *Junge* M. Merlin, Répert., v° *Gains nuptiaux*, et M. Proudhon, *Usufruit*, n° 262. *Infrà*, n°s 2524 et 2532.

(1) Mon comm. des *Hypothèques*, t. II, n° 418. *Infrà*, n° 2525.

(2) *Infrà*, n°s 1180 et 1186.

(3) Cassat., 4 janvier 1830 (Devill., 9, 1, 420).

(4) Cassat., 10 mars 1840 (Devill., 40, 1, 217). Angers (saisie du renvoi), 10 mars 1841 (Devill., 41, 2, 187).

femme a, pour cette créance, une hypothèque légale, dont la cause est dans les conventions matrimoniales, et qui remonte au jour du mariage. Notez bien que cette hypothèque n'est pas un accessoire de la donation; il ne peut y avoir d'accessoire quand il n'y a pas de principal. Mais c'est une hypothèque fondée sur la responsabilité du mari, et ceci est très-différent. Car s'il venait à être prouvé que le mari n'a pas été négligent, qu'il a été empêché par force majeure ou autrement, qu'en un mot, il n'a pas commis de faute, c'est en vain que la femme prétendrait à une hypothèque légale; cette hypothèque n'existe pas de plein droit : elle est subordonnée à la faute prouvée du mari.

Que si cette faute est constatée, alors la femme peut agir contre les tiers détenteurs des immeubles autres que ceux qui font l'objet de la donation (1). Sans doute, elle n'aura pas d'action hypothécaire contre l'acquéreur même de l'immeuble donné. Comment pourrait-elle l'inquiéter, puisque c'est précisément parce qu'elle est dépouillée par lui, qu'elle a une action récursoire contre son mari? Mais quant aux autres acquéreurs, l'hypothèque légale va nécessairement les chercher lorsqu'ils n'ont pas purgé.

De même, la faute du mari étant établie, la femme pourra, à l'aide de cette hypothèque légale dont nous parlons, demander préférence contre les créanciers postérieurs à son contrat de mariage. Nous avons vu que, comme donataire, elle ne pourrait leur opposer

(1) Voy. les arrêts déjà cités.

sa donation; mais comme créancière de son mari, elle peut leur opposer son titre de créance et l'hypothèque qui y est attachée.

Tels sont les principes; telles sont leurs conséquences.

Je vois cependant ces idées méconnues dans un arrêt de la cour de Toulouse du 7 mai 1829 (1), qui, dans l'hypothèse d'une donation de biens présents faite à l'épouse survivante, décide que c'est là un gain de survie dispensé de la transcription. Mais rien, dans le Code Napoléon, n'autorise à revenir sans distinction au texte de l'ordonnance de 1731. Ce texte est sans valeur aujourd'hui, en tant qu'il s'agit d'une donation qui a un caractère irrévocable et qui porte sur un bien présent.

L'arrêt argumente de l'art. 1092 du Code Napoléon pour tracer une ligne de démarcation entre les donations pures et simples par contrat de mariage, et celles qui sont soumises à la condition de survie, et pour faire revivre par là l'art. 21 de l'ordonnance de 1731. Mais il n'est pas possible de faire sortir de l'art. 1092 une telle conséquence. Cet article ne veut dire autre chose, sinon que la condition de survie n'est pas sous-entendue de plein droit dans les donations de biens présents faites par contrat de mariage. Il ne dit pas que les donations de biens présents, modifiées par la condition de survie, seront des donations de biens présents en dehors du droit commun;

(1) Dalloz, 30, 2, 262. Devillen., 9, 2, 259. Palais, 22, 993.

il ne le dit pas, et il ne pourrait le dire sans choquer les principes, le bon sens et l'opinion générale.

Mais quand une donation, faite sous condition de survie, a plutôt le caractère d'une donation à cause de mort que le caractère d'une donation entre-vifs, elle est dispensée de la transcription, et rien n'empêche de se référer alors à l'art. 21 de l'ordonnance de 1731. Telle est la donation des acquêts que le donateur laissera à son décès, et qu'il assure, par contrat de mariage, à sa future épouse en cas de survie de celle-ci. Telle est la donation de la moitié ou du quart de ses biens présents et à venir, dans le même cas de survie et sans état annexé. Ces donations sont des legs par contrat; elles confèrent un titre irrévocable; mais elles laissent le donateur libre d'acquérir ou de ne pas acquérir, libre de vendre, d'hypothéquer, etc., etc. Le donataire n'a ni investissement ni possession; il ne peut faire aucun acte conservatoire du vivant du donateur. Ce n'est pas pour de telles dispositions que la transcription a été imposée (1).

1172. Quant aux donations déguisées sous la forme de contrats onéreux, il va sans dire qu'elles répugnent, par leur constitution même, à la nécessité de la transcription (2). On s'étonne que le contraire ait pu être enseigné (3).

(1) Grenoble, 12 janvier 1813 (Devill., 4, 2, 231). Mais s'il y avait un état annexé et option pour les biens présents, Voy. *suprà*, n° 1169.

(2) *Suprà*, n° 1092.

(3) M. Coin-Delisle, sur l'art. 939, n° 17.

ARTICLE 940.

Cette transcription sera faite à la diligence du mari, lorsque les biens auront été donnés à sa femme; et si le mari ne remplit pas cette formalité, la femme pourra y faire procéder sans son autorisation.

Lorsque la donation sera faite à des mineurs, à des interdits, ou à des établissements publics, la transcription sera faite à la diligence des tuteurs, curateurs ou administrateurs.

SOMMAIRE.

1173. C'est au donataire qu'il appartient de faire la transcription.

1174. L'art. 940 a prévu le cas où le donataire ne serait pas en état de veiller sur ses droits, et il a chargé de ce soin plusieurs mandataires.

1175. A défaut de ces mandataires, les donataires intéressés auraient du reste le droit de poursuivre eux-mêmes la transcription.

COMMENTAIRE.

1173. Notre article met en évidence une première vérité, à savoir, que c'est au donataire qu'il appartient de faire la transcription : elle est dans son intérêt ; elle le regarde exclusivement. Le soin de l'accomplissement de cette formalité repose donc sur lui.

1174. Mais des donations sont souvent faites à des personnes qui n'ont pas toute la plénitude de capacité nécessaire pour veiller sur leurs droits. L'art. 940 vient à leur secours ; il charge expressément leurs mandataires légaux de procurer l'accomplissement d'une formalité qui a de si grands résultats. Le mari fera donc faire la transcription pour sa femme, le tuteur, pour son pupille ou pour l'interdit, l'administrateur, pour l'établissement public (1).

1175. Et comme la transcription est un acte purement matériel, il s'ensuit que si ces mandataires et administrateurs y mettaient de la négligence, rien n'empêcherait que la transcription qui, nous le répétons, n'est pas un acte de consentement, qui n'est qu'un acte de publicité, fût poursuivie par la femme elle-même ou par le mineur. L'art. 940 ne s'en explique pas à l'égard de ce dernier, comme pour la femme. Mais cette faculté paraît résulter du principe, qui veut que tout mineur puisse faire sa condition meilleure. On peut consulter, d'ailleurs, les art. 2139 et 2194 qui, en permettant aux mineurs de prendre inscription à défaut de leurs représentants, donnent, pour notre cas, une analogie décisive (2).

Article 941.

Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté

(1) *Infrà*, n° 1189.
(2) Voy. *suprà*, art. 910.

toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause, et le donateur.

SOMMAIRE.

1176. Similitude de l'art. 941 du Code avec l'art. 27 de l'ordonnance de 1731. — Question au sujet des héritiers du donateur.
1177. Ils ne sauraient se prévaloir du défaut de transcription.
1178. Il en est de même des légataires du donateur,
1179. Et des seconds donataires du donateur.
1180. Ceux-là seuls qui ont traité avec le donateur à titre onéreux, sont fondés à opposer le défaut de transcription. — Ainsi le tiers qui a acquis du donateur les biens compris dans la donation,
1181 Lors même qu'il aurait eu connaissance de la donation.
1182. L'acquéreur d'un immeuble autre que l'immeuble donné pourrait-il opposer le défaut de transcription, s'il avait lieu d'être inquiété par une action hypothécaire du donataire?
1183. Les créanciers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription, quels que soient leurs titres,
1184. Et quelle que soit la date de leurs titres.
1185. Les personnes chargées de faire la transcription ne peuvent opposer le défaut de cette formalité.
1186. Il en est de même de leurs ayants cause.
1187. Celui qui achète à un mari l'immeuble que celui-ci a précédemment donné à sa femme, sans faire faire la transcription, doit-il être considéré comme tiers ou comme ayant cause du mari?
1188. Différence entre les acquéreurs et créanciers du donateur, d'une part, et les ayants cause de celui qui est chargé de faire la transcription, d'autre part.

COMMENTAIRE.

1176. Nous arrivons à la sanction de l'art. 939. Le législateur précise, dans l'art. 941, quelles sont les conséquences du défaut de transcription et quelles sont les personnes qui peuvent s'en prévaloir contre le donataire négligent.

L'art. 941 a été l'objet de beaucoup de controverses. Sa grande similitude avec l'art. 27 de l'ordonnance de 1731, relatif au défaut d'insinuation, a fait que plusieurs jurisconsultes ont pensé qu'il devait avoir la même latitude. Et, comme cette disposition de l'ordonnance de 1731 dit que le défaut d'insinuation peut être opposé, même par les héritiers du donateur, on a supposé, par analogie, que l'art. 941 devait être également applicable au même cas, et qu'on devait ranger les héritiers du donateur dans la classe des personnes ayant intérêt à opposer le défaut de transcription; d'autant que le Code n'excepte, dans notre article, que les personnes chargées de faire faire la transcription, leurs ayants cause et le donateur, et que le mot *ayant cause* n'est pas rejeté après le mot *donateur* (1).

1177. Disons tout de suite que cette opinion est aujourd'hui condamnée universellement (2). Le do-

(1) M. Grenier, t. II, n° 167, dans une dissertation pleine de confusion.

(2) Zachariæ, t. V, p. 321. M. Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. 6, § 3. Toulouse, 27 mars 1808 (Devill., 2, 2, 369). Angers, 8 avril 1808 (*ibid.*, 375). Colmar, 13 décembre 1808

nateur ne pouvant opposer le défaut de transcription, entraîne à sa suite ses héritiers. Les héritiers du donateur, ayant un titre purement gratuit, ne peuvent exciper d'un intérêt réel : *certant de lucro captando;* il n'y a pas en eux un intérêt lésé, un de ces intérêts distincts de celui du donateur et créant pour eux une cause et un droit à part (1).

Remontons, d'ailleurs, au principe de la loi.

Lorsqu'on appliqua la transcription aux donations, on la prit telle qu'elle était réglée par la loi du 11 brumaire an VII. C'est ce qui résulte bien énergiquement de la discussion du Conseil d'État. Or, cette loi n'avait en vue que les créanciers et les tiers acquéreurs à titre onéreux. Elle ne tendait, en aucune manière, à favoriser les héritiers du donateur ou autres, tenant de lui à titre gratuit; car ils le représentent, et ils ne peuvent faire plus que lui. Ne sont-ils pas responsables de ses faits? Sont-ils du nombre de ceux qui ont traité avec lui et qui ont été trompés par l'ignorance de ce qui a pu se faire?

C'est précisément parce que la loi du 11 brumaire an VII ne permettait pas aux héritiers de se faire un moyen du défaut de transcription, que M. Tronchet, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, regrettait l'insinuation qui leur conférait ce droit (2).

(*ibid.*, 447). Montpellier, 18 janvier 1809 (Devill., 3, 2, 8). Toulouse, 11 avril 1809 (*ibid.*, 49). Limoges, 10 janvier 1810 (*ibid.*, 182). Cassat., 12 décembre 1810 (*ibid.*, 271), et 17 avril 1811 (*ibid.*, 1, 324).

(1) *Infrà*, n° 2290.

(2) *Suprà*, n° 1151.

Aussi, M. Jaubert, tribun, dans son rapport au Tribunat, disait-il que dans l'intention de l'art. 941, le donateur, les donataires postérieurs, les cessionnaires, les héritiers du donateur étaient exclus du droit de se prévaloir du défaut de transcription (1).

Ceci posé, il est clair que les créanciers de l'héritier du donateur n'ont pas plus d'action que lui pour se prévaloir du défaut de transcription (2).

1178. Les légataires du donateur ne sont pas non plus de meilleure condition. Si, dans le concours de deux titres, on a cru devoir accorder un privilége aux acquéreurs et aux créanciers, *quia certant de damno vitando*, on n'a pas étendu cette faveur jusqu'aux légataires qui *certant de lucro captando* (3) (argument des art. 1020, 1021, 1070, 1072 du Code Napoléon). Jamais la loi de brumaire an VII n'a eu en vue l'intérêt des légataires quand elle a prescrit la transcription.

1179. Un second donataire ne pourrait, pas plus qu'un légataire, opposer au premier donataire le défaut de transcription. M. Jaubert le déclarait d'une manière expresse dans le passage ci-dessus cité, et les raisons sont absolument les mêmes. Peu importerait que le second donataire eût fait transcrire, tandis que le premier s'en serait abstenu. La loi ne prend

(1) Fenet, t. XII, p. 597.

(2) Paris, 21 novembre 1840 (Devill., 41, 2, 41).

(3) Agen, 8 novembre 1822 (Devill., 7, 2, 125), dans une espèce où il s'agissait d'un légataire universel. Caen, 27 janvier 1813 (Devill., 4, 2, 248), dans une espèce où il s'agissait d'un légataire particulier.

pas parti entre ces personnes qui se disputent un gain. Elle les laisse sous l'empire du droit commun, sous l'influence de la maxime *potior tempore, potior jure* (1). Ils ne sont pas de ceux qui, par une convention passée avec le donateur, ont été blessés dans leurs intérêts et sont victimes d'une erreur (2).

1180. Il suit de là, que le moyen tiré du défaut de transcription, échappant au donateur et à tous ceux qui tiennent de lui à titre gratuit, n'est ouvert qu'à ceux qui ont traité avec le donateur à titre onéreux, comme sont les acquéreurs et les créanciers.

Parlons d'abord des acquéreurs.

Tant que la donation n'a pas été transcrite, le tiers qui a acquis du donateur les biens donnés l'emporte sur le donataire, et l'art. 941 lui donne le droit d'opposer le défaut de transcription (3). Je laisse de côté une dissertation de M. Toullier, tendant à s'écarter de ces notions. Ce serait, de ma part, de la polémique inutile, parce que la dissertation de M. Toullier est de la science surannée.

1181. Lors même que l'acquéreur aurait eu connaissance de la donation quand il a contracté, il serait toujours fondé à opposer le défaut de trans-

(1) Nîmes, 1er décembre 1826 (Dalloz, 27, 2, 73). Montpellier, 2 juin 1831 (Devill., 31, 2, 325). Toulouse, 8 mai 1847 (Devill., 47, 2, 458).

(2) *Infrà*, n° 2290.

(3) Cassat., 10 avril 1815 (Dalloz, 5, 567). Montpellier, 28 février 1821 (Devill., 6, 2, 372). Poitiers, 4 mai 1825 (Dalloz, 25, 2, 252). Mon comm. des *Hypothèques*, n° 904.

cription (1). Elle est, en effet, une formalité extrinsèque, nécessaire pour que la donation soit valable à l'égard des tiers. Elle ne peut être suppléée par la connaissance accidentelle, acquise en dehors de l'accomplissement des formalités légales. L'art. 1071 du Code Napoléon offre ici un argument décisif (2).

Vainement dirait-on que l'acquéreur est de mauvaise foi. Il lui est bien permis de supposer que le donataire n'a pas voulu profiter d'une donation non transcrite, ou du moins qu'elle n'est pas sérieuse (3).

1182. On peut même considérer comme tiers, ayant intérêt à opposer le défaut de transcription, l'acquéreur d'un immeuble autre que l'immeuble donné, si cet acquéreur était inquiété dans sa possession par l'action du donataire qui, ayant une hypothèque légale, voudrait la faire valoir contre lui (4). Supposons une femme à qui son mari a fait une donation d'immeuble par contrat de mariage, sans que cette donation ait été transcrite. La femme ne peut avoir hypothèque légale pour cette donation, puisqu'elle est sans valeur.

Pourtant, s'il arrive que le mari soit coupable

(1) Caen, 28 décembre 1835 (Devill., 48, 2, 735). Grenoble, 14 juillet 1824 (Devill., 7, 2, 407). Limoges, 16 mai 1839 (Devill., 40, 2, 14). Montpellier, 9 mars 1843 (Devill., 44, 2, 187). Zachariæ, t. V, § 704, note 32.

(2) *Infrà*, n° 2288.

(3) Ricard, p. 1, n°s 1185 et suiv.

(4) Cassat., 10 mars 1840 (Devill., 40, 1, 217, 218). Angers, 10 mars 1841 (Devill., 41, 2, 187).

d'une faute pour n'avoir pas fait transcrire la donation, il sera passible d'un recours, et ce recours donnera à sa femme une hypothèque légale à compter du mariage. Or, il est certain que cette hypothèque pourra se mouvoir contre les tiers acquéreurs qui n'ont pas purgé (1). Seulement, le tiers pourra opposer les exceptions qui peuvent entraver la marche de l'action hypothécaire (2); il pourra aussi contester le principe de l'hypothèque et prouver que le mari était exempt de faute.

1183. Passons aux créanciers du donateur.

Il est aujourd'hui certain que le défaut de transcription peut être opposé non-seulement par les créanciers inscrits, mais par ceux non inscrits, et non-seulement par les créanciers hypothécaires, mais aussi par les créanciers simples chirographaires, et même par les créanciers mobiliers (3).

Contre cette jurisprudence, on oppose que la transcription, prescrite par notre article, n'est que la transcription de l'an VII, et que, dans le système de la loi de l'an VII, le défaut de transcription ne pouvait être opposé que par ceux qui avaient acquis un

(1) Id., et *suprà*, n° 1171.

(2) Arrêt d'Angers précité.

(3) Créanciers inscrits, Cassat., 4 juin 1830. *Suprà*, n° 1171. Bordeaux, 19 août 1843 (Devill., 44, 2, 562). Grenoble, 16 décembre 1844 (Devill., 45, 2, 346). Créanciers chirograph., Cassat., 7 avril 1841 (Devill., 41, 1, 393). Limoges, 9 mars 1843 (Devill., 44, 2, 64). Nancy, 18 juin 1838 (Dalloz, 39, 2, 18). MM. Esnault, t. I, n° 194; Duranton, t. VIII, n° 517; Zachariæ, t. V, p. 333, note 26.

droit réel sur l'immeuble avant qu'elle ne fût faite(1).

Il y a du vrai dans cette objection : seulement, elle tient trop compte de la loi de l'an VII, et pas assez de l'article 941 du Code Napoléon qui a aussi sa vertu propre et son autorité. Comment, en effet, pourrait-on retrancher les créanciers chirographaires du nombre de ceux qui ont intérêt? Comment pourrait-on se persuader que la publicité de la donation est pour eux une circonstance inutile et sans influence? Il n'est donc pas permis de leur enlever le bénéfice du texte de l'article 941 qui se soutient ici par l'esprit du législateur, dont la pensée a été de faire dépendre le crédit du donateur, à l'égard des tiers, de la publicité de la donation.

Dira-t-on que les créanciers chirographaires du donateur sont ses ayants cause, et qu'à ce titre ils doivent être écartés? Cette raison serait vaine. Ils n'ont pas à subir la responsabilité de ses propres faits ; ils ne sont pas chargés de ses obligations ; ils ont même des intérêts contraires aux siens, et ils doivent pouvoir se garantir des conséquences d'une omission qui les blesse.

1184. Il n'y a même pas à distinguer si les créanciers sont antérieurs ou postérieurs à la donation (2). Si les créanciers sont antérieurs, ils ont le droit de dire qu'en ce qui les concerne, leur gage n'a pas été

(1) Agen, 17 décembre 1824 (Devill., 7, 2, 462). Poitiers, 4 mai 1825 (Devill., 8, 2, 70). Bordeaux, 2 juin 1827 (Devill., 9, 1, 420). Cassat., 4 janvier 1830.

(2) MM. Grenier, *Hypoth.*, t. II, n° 360. Coin-Delisle, n°s 9 et suiv.

diminué par une donation incomplète. S'ils sont postérieurs (1), ils ont le droit de dire qu'ils n'ont pas dû considérer comme sérieuses des libéralités qui ne se sont pas réalisées, à leur égard, dans les termes de la loi.

1185. Notre article ne veut pas que le défaut de transcription puisse être opposé par ceux qui sont chargés de faire faire cette transcription; car nul ne doit se faire un titre de sa négligence ou de son dol. Telle était aussi la disposition de l'ordonnance de 1731, en ce qui concerne l'insinuation. On a vu dans l'article 940 quelles personnes sont chargées de faire faire la transcription.

1186. Les ayants cause de celui qui est chargé de faire la transcription ne sont pas de meilleure condition que lui. Notre article le déclare d'une manière expresse, et en excluant les ayants cause de cette personne, il exclut ses successeurs universels et particuliers. Car le mot ayant cause est pris par l'article 941 dans le sens le plus large (2).

1187. Ceci est simple en soi et facile à concevoir. Mais la pratique a fait naître une complication qui a jeté de l'hésitation dans la jurisprudence et du trouble dans les esprits.

Par exemple : Titius donne à Sempronia, sa femme, un immeuble. Chargé de procurer la transcription, conformément à l'article 940 du Code Napoléon, il la néglige. Puis, il vend à Tertius la chose

(1) Nancy, *loc. cit.*

(2) Mon comm. des *Hypothèques*, n° 530.

donnée. Tertius, étant son ayant cause, aura-t-il plus de droit qu'il n'en avait lui-même (1)?

La situation est complexe. Si Tertius est ayant cause du mari chargé de la transcription, ce qui l'écarte, il est aussi l'ayant cause de ce même mari, considéré comme donateur, ce qui semble devoir le faire admettre. Or, l'action de Tertius, comme tiers, sera-t-elle paralysée par l'exception résultant de sa qualité de représentant de la personne chargée de la transcription. L'exception sera-t-elle plus forte que l'action?

La jurisprudence a varié sur cette question. La cour de cassation, après avoir fait triompher l'exception (2), a fini par faire triompher l'action et a considéré l'acquéreur plutôt comme tiers, que comme ayant cause (3). Nous pensons que le crédit privé s'accommode mieux de cette seconde solution (4).

1188. Maintenant, on pourra se faire la question suivante : Pourquoi l'article 941 exclut-il tous les ayants cause de celui qui est chargé de faire la transcription? Pourquoi n'exclut-il pas les acquéreurs et les créanciers du donateur, qui sont ses ayants cause?

(1) M. Merlin, v° *Donation*, sect. 6, § 3. Mon comm. des *Hypothèques*, n° 529.

(2) Cassat., 4 juin 1823 (Dalloz, 10, 660. Devill., 7, 1, 260). Angers, 31 mars 1830 (Dalloz, 30, 2, 180). Merlin, Quest. de droit, v° *Transcription*, § 6, n° 5.

(3) Arrêt du 4 janvier 1830 (Dalloz, 30, 1, 50), et un autre du 10 mars 1840 (Devill., 40, 1, 217).

(4) *Contrà*, M. Bayle-Mouillard, t. II, p. 72 et suiv. *Suprà*, n° 1171.

La réponse est facile. La publicité de la donation a été introduite dans l'intérêt même de ceux qui ont contracté avec le donateur. C'est la faveur de ces personnes qui l'a fait introduire ; c'est donc à eux à s'en prévaloir.

Il n'en est pas de même des ayants cause de celui qui était chargé de faire la transcription. La loi n'a pas porté sur eux sa faveur ; ce n'est pas pour eux qu'elle a stipulé. Elle les laisse donc sous l'empire de la règle : *Plerùmque emptoris eadem causa esse debet, circà petendum et defendendum, quæ fuit auctoris* (1).

ARTICLE 942.

Les mineurs, les interdits, les femmes mariées, ne seront point restitués contre le défaut d'acceptation ou de transcription des donations ; sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris, s'il y échet, et sans que la restitution puisse avoir lieu, dans le cas même où lesdits tuteurs et maris se trouveraient insolvables.

SOMMAIRE.

1189. La disposition de l'art. 942 est empruntée à l'art. 32 de l'ordonnance de 1731.

1190. Les incapables dont il s'agit pourront, s'il y a lieu, recourir contre leurs mandataires légaux.

(1) L. 156, § 3, D., *De reg. juris.* L. 175, § 1, D., *De reg. juris.* Mon comm. des *Hypothèques*, n° 529.

1191. Renvoi.

1192. L'insolvabilité du tuteur, ou du mari, ne donnera pas au mineur, ou à la femme, le droit de se faire restituer contre le défaut d'acceptation.

COMMENTAIRE.

1189. Cet article est emprunté à l'ordonnance de 1731 qui, par son art. 32 (1), avait décidé que les mineurs, les interdits et les femmes mariées, ne seraient pas restitués contre le défaut d'acceptation ou d'insinuation. Telle était aussi la jurisprudence du parlement de Paris (2) et du parlement de Normandie (3).

Quelques textes du droit romain jetaient du doute sur cette solution (4). Mais les principes généraux l'expliquaient d'une manière simple et logique. Les donations faites aux mineurs ne sont pas exceptées de la règle qui veut une acceptation et, de plus, la transcription. Il n'est donc pas possible de faire valoir des actes qui manquent de ces conditions essentielles, et de les opposer à des tiers qui ont contracté de bonne foi. Quelque favorables que soient les mineurs, ils le sont moins ici que ceux qui ont pour eux la loi et des contrats valables.

(1) Furgole sur cet article.

(2) Ferrières *sur Paris*, art. 284, glose 2, § 1, n° 27. Ricard, part. 1, ch. 4, sect. 3, glose 3.

(3) Basnage *sur Normandie*, art. 448.

(4) L. 17, C., *De donat. ante nuptias*. L. 7, § 6, et 44, D., *De minoribus*.

1190. Mais les incapables dont il est question dans notre article, auront un recours, s'il y a lieu, contre le tuteur ou le mari. Nous disons avec notre article, s'il y a lieu, parce que ce recours dépend des circonstances, et qu'il convient de ne l'accorder qu'autant qu'il y a une faute appréciable (1).

Dans ce dernier cas, la femme a contre le mari en faute une hypothèque légale, qui procède de son contrat de mariage et qui peut s'exercer, ainsi que nous l'avons dit au n° 1171. Ce n'est pas, sans doute, comme donataire qu'elle exercera son action hypothécaire contre les tiers; c'est comme créancière, par suite de la négligence de son mari.

Le mineur a aussi une hypothèque légale sur les biens du tuteur, dans les termes de l'art. 2135 du Code Napoléon, et cette hypothèque, causée pour fait de gestion, prend date au jour de l'acceptation de la tutelle.

1191. On demande si le père, tuteur et donateur, est garant de la nullité de la donation, lorsqu'il n'a pas veillé à l'acceptation ou à la transcription. Nous avons décidé cette question *suprà* (2) pour l'affirmative, et nous avons expliqué que l'action en garantie se résout en une impossibilité, pour le donateur, de faire valoir la nullité.

1192. Si le mari et le tuteur sont insolvables, les mineurs ne seront pas relevés pour cela de la nullité

(1) Furgole sur l'art. 14 de l'ord. de 1731, p. 119.
(2) N° 1135.

à l'égard des tiers, qui ont droit de s'en prévaloir (1). La donation est annulée sans ressource et l'inefficacité du recours réservé à l'incapable n'est pas une raison de rendre la vie à un acte anéanti.

Article 943.

La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.

SOMMAIRE.

1193. De l'ordre d'idées dans lequel entrent l'art. 943 et les suivants. De la regle *donner et retenir ne vaut*, et de ses conséquences. Comment elle est le principe de la prohibition de donner les biens à venir.

1194. De la donation des biens présents et à venir en droit romain.

1195. *Quid* dans les pays coutumiers? — Malgré quelques dissidences, l'opinion la condamnait comme incompatible avec la règle : *donner et retenir ne vaut*. — L'ord. de 1731 la condamna sans permettre de diviser les biens présents d'avec les biens à venir.

1196. Il n'y avait d'exception qu'en faveur des contrats de mariage, où la donation des biens à venir était permise.

1197. Le Code, tout en prohibant la donation de biens à venir, admet la division dans le cas d'une donation de biens présents et à venir.

1198. Il admet la même exception que l'ordonnance de 1731 pour les donations par contrat de mariage.

(1) Ricard, p. 1, n° 1175, art. 14 et 32 de l'ord. de 1731.

1199. Ce qu'il faut entendre par biens à venir.
1200. L'exigibilité future du payement de la chose donnée n'empêche pas la donation d'être donation de biens présents.
1201. Erreur de M. Grenier sur ce point.
1202. Une donation de sommes d'argent, dont le payement est exigible au décès du donateur, peut s'exécuter sur les biens acquis par le donateur après la donation.
1203. Il n'y a point donation de biens à venir dans le don du fermage de l'année de son décès, fait par le donateur usufruitier au donataire nu propriétaire.
1204. La donation d'une chose sur laquelle on n'a qu'un droit conditionnel n'est point une donation de biens à venir.
1205. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1193. Notre article entre dans un nouvel ordre d'idées : il commence l'exposé des conséquences attachées au principe de l'irrévocabilité des donations. Arrivé au point où nous en sommes, le Code trouve devant lui la fameuse maxime du droit coutumier : « *donner et retenir ne vaut,* » si souvent répétée dans les statuts locaux et dans les ouvrages de jurisprudence, et que d'Argentré appelait un proverbe juridique (1). Le Code ne la formule pas, comme le faisait, par exemple, la Coutume de Paris (2). Mais

(1) *Sur Bretagne*, art. 226, glose 1, n° 1 : « *Parisienses.....* » *apud quos illud in proverbio est*, donner et retenir ne vaut. »

(2) Art. 273. Voy. aussi Auxerre, 217. Berry, tit. VII, art. 1. Blois, art. 169. Bourbonnais, art. 212. Orléans, art. 284, etc. Le commentaire de Ferrières sur l'art. 273 de la Coutume de Paris en donne la longue liste.

il la tient pour une de ces règles essentielles qui sont d'autant plus fortes qu'elles n'ont pas besoin d'être écrites. Il se borne à la suivre dans ses applications les plus saillantes et dans ses effets les plus caractéristiques.

Des jurisconsultes, antérieurs au Code (1), l'ont rattachée au droit romain par la loi 167, D., *De regulis juris*, portant : « *Non videntur data, quæ eo » tempore quo dantur, accipientis non fiunt.* » Il y a du vrai dans ce rapprochement. Les précautions prises, avant Justinien, pour prévenir les profusions excessives et les libéralités imprévoyantes (2), ont paru aussi nécessaires dans le droit français que dans le droit Théodosien. On tenait en France à la conservation des biens patrimoniaux dans les familles. On voulut donc, comme le dit Delaurière : « Que les donateurs, » connaissant la perte qu'ils vont faire, fussent » moins faciles à se dépouiller (3). »

De là une suite de règles, ayant pour but de forcer le donateur à n'entrer dans la donation qu'avec une pensée de dessaisissement complet, et de lui enlever tout moyen de satisfaire des regrets tardifs. Toutes ces règles se résument en une seule, plus générale : « *donner et retenir ne vaut.* » C'est elle qui a inspiré les art. 943, 944, 945, 946, 947 et 948.

Mais comment la prohibition de donner les biens

(1) Ferrières *sur Paris*, art. 273.

(2) « *Ne improvidâ profusione quidam bonis suis evolveren- » tur.* » Godefroy sur la loi 4, C. Theod., *De donat.*

(3) *Sur Loisel*, 4, 4, 5.

à venir découle-t-elle de la règle, *donner et retenir ne vaut ?*

Auroux va nous l'expliquer (1) : « La raison est, » qu'à l'égard des biens à venir, le donateur n'en » peut faire la délivrance ni réelle ni par fiction, et » qu'ayant la liberté d'acquérir ou de ne pas acqué- » rir, et ayant acquis, de vendre ou autrement con- » sommer en dettes les acquisitions qu'il a faites, il » est libre de rendre la donation entièrement inu- » tile ; ce qui est absolument opposé aux principes » des donations entre-vifs qui doivent être irrévo- » cables et composées de choses certaines dont on » puisse faire tradition. »

Toutes ces raisons ne conviennent pas au système du Code Napoléon, qui n'exige pas la tradition dans la donation entre-vifs (2). Celles qui sont tirées du pouvoir que le donateur conserve sur l'éventualité des biens à venir, ont une autorité actuelle ; elles ont paru décisives à notre article.

Mais avant d'aller plus loin, retraçons les précédents de la jurisprudence sur la donation des biens à venir. Il y a eu des vicissitudes qu'il est utile de connaître et des divergences qu'il faut constater.

1194. Lorsque le droit romain, dans une de ses phases les plus remarquables, exigeait la tradition pour rendre la donation parfaite, les biens à venir n'y pouvaient pas entrer, parce qu'on ne peut faire

(1) *Sur Bourbonnais*, art. 210, n° 1.
(2) *Suprà*, n° 1140.

tradition de ce qui n'existe pas (1). On trouve ici l'influence de la tradition et l'un des motifs signalés par Auroux dans notre ancien droit français.

Mais après que Justinien eut établi que les donations étaient parfaites par le nu consentement, et sans aucune espèce de tradition présente, les biens à venir purent être donnés entre-vifs aussi bien que les biens présents, parce qu'on peut stipuler non-seulement sur les choses présentes, mais encore sur les choses qui concernent l'avenir (2). Pourquoi, dans cet ordre d'idées, aurait-il été moins permis de donner ses biens à venir, que d'hypothéquer ses biens à venir? Aussi, il est certain que les donations de biens présents et à venir étaient permises par le dernier état du droit romain (3). C'est ce qu'expriment les textes du Code Justinien où l'on voit que l'on peut donner son patrimoine, tous ses biens, sa substance, toutes ses facultés (4).

(1) « *At si donatio perficiatur traditione corporali, ut voluit* » *Constantinus et veteres voluerunt, ut usus magis probat, evi-* » *dentissimum est non consistere rerum futurarum donationem,* » *quia rerum quæ nondum sunt, nulla fieri potest traditio.* » (Cujas, *Ad leg.*, 55, C., *De donat.*) Furgole, art. 15, ordonnance de 1731. Hotman, disp. 8, 32. J. Godefroy dit très-bien, sur la loi 4 du C. Theod., *De donat.* : « *Ac ratione om-* » *nium bonorum donatio non valebat... quod summam habet* » *rationem... ne quis stultè, insipienter, inconsultè bona sua,* » *eorum nescius fortè, donaret.* »

(2) L. 73, D., *De verb. oblig.*

(3) Delaurière, *Inst. cout.*, ch. 4, n° 8, p. 140. Ferrières *sur Paris*, art. 272, glose 2, n° 43 et suiv.

(4) L. 14, C., *De sacrosanctis ecclesiis.* L. 5, C., *De inoff. donat.* L. 8, C., *De revoc. donat.* L. 55, §§ 4 et 5, C., *De donat.*

Cependant la plupart des interprètes n'admettaient cette opinion qu'avec cette restriction, à savoir que la donation était nulle si elle était tellement universelle, qu'elle ôtât au donateur la liberté de disposer par testament. Car les lois voyaient avec peine qu'une personne se soumît à l'obligation ignominieuse (suivant les préjugés des Romains) de mourir *intestat*. Quand la donation est universelle, elle ôte au donateur la faculté d'avoir un héritier, puisque personne ne veut appréhender la succession d'un homme qui n'a laissé aucun bien. « *Recusantibus scriptis hæredibus, pro nullo aut mi-* » *nimo lucro, hæreditates adire* (1). » Sous un autre rapport, on peut dire que la donation de tous biens, présents et à venir, n'est pas d'un homme sensé, puisqu'il n'y a qu'un prodigue qui puisse se dépouiller ainsi irrévocablement et universellement (2). C'est pourquoi d'éminents docteurs pensaient que le donateur devait, au moins, se réserver la vingtième partie de ses biens pour en disposer par testament (3). On

(1) Justinien, *Instit.*, t. *De leg. falcidi.*

(2) L. 6, D., *De verbor. obligat.* L. 1, D., *De curat. furios.* Ferrières, *loc. cit.*, n° 48. D'Argentré *sur Bretagne*, art. 218, glose 5, n° 3. Furgole sur l'art. 13 de l'ord. de 1731, p. 124.

(3) Voy. Coquille *sur Nivernais*, t. *Des donat.*, art. 4. Ricard, *Donat.*, p. 1, n° 979 et suiv. Furgole sur l'art. 13 de l'ord. de 1731, p. 123, 124. Delaunière *sur Loisel*, 4, 5, 14. Ferrières, *loc. cit.*, n° 50.

Bartole avait fortement soutenu cette opinion sur la loi *Stipulatio hoc modo concepta*, D., *De verbor. obligat.* Elle

trouve des traces de cette idée dans la jurisprudence du parlement de Toulouse (1).

1195. Le système n'était pas le même dans la France coutumière.

On y tenait à la tradition ; on y observait avec rigueur la maxime, *donner et retenir ne vaut*. Et de ces deux choses, on tirait des conséquences d'autant plus sévères contre les donations de biens à venir, qu'en général on était peu favorable aux donations en elles-mêmes, et surtout aux donations de biens présents et à venir, qu'on ne considérait pas comme une œuvre de sagesse (2).

était suivie par la majorité des jurisconsultes de l'ancienne école. Elle ne manquait pas cependant de contradicteurs, au nombre desquels on peut compter Balde, Salicet, Angelus et surtout Alciat; mais la jurisprudence tenait pour la nullité, ainsi qu'on peut s'en assurer dans Socin, t. I, cons. 143, n° 20; Surdus, cons. 450, t. III, p. 772, n°s 56 et suiv.; Covarruvias, liv. 3, *Var. resolut.*, cap. 12; Fachiné, controv. 87, 46, 6, etc.

Cujas, chef de l'école moderne, enseignait, au contraire, qu'en principe la donation de biens présents et à venir, faite sans réserve, n'ôtait pas la faculté de tester, parce qu'une hérédité étant *nomen juris*, l'individu le plus pauvre pouvait faire un testament (sur la loi 35, C., *De donat.*). Telle était l'opinion de Zœzius sur le Dig., *De donat.*, n° 28, de Voët, *Ad Pand.*, *De donat.*, n° 10, et du président Favre, *De error. rib. prag.*, decad. 48, error. 6.

Cependant ce dernier auteur rapporte dans son Code une décision qui prouve que l'ancienne opinion était suivie au Sénat de Savoie (C., lib. 8, t. XXXVI, défin. 9).

(1) Furgole, *loc. cit.* *Infrà*, n° 2456.

(2) Furgole, id.

« Qui le sien donne avant mourir,
» Bientôt s'apprête à moult souffrir (1). »

Ce qui faisait dire à Delaurière : « Les donations » sont de droit étroit, préjudiciables aux familles, » et, par cette raison, on ne leur donne point d'ex- » tension (2). »

Partant de cet ordre d'idées, les jurisconsultes avaient analysé avec un esprit de rigueur les éléments dont se composent les donations de biens présents et à venir, et en général, ils les tenaient pour nulles (3). On pensait qu'elles répugnaient à la nature des donations entre-vifs, à la nécessité de la tradition, et surtout à la maxime, *donner et retenir ne vaut*. Car l'irrévocabilité, qui est une condition vitale de la tradition, semblait pouvoir se concilier difficilement avec un contrat qui, en définitive, ne contient qu'un événement incertain, et qui, pour me servir des expressions de Lebrun, n'entend donner que *le revenant bon au temps du décès* (4); de sorte que le donateur conservait, par là, la faculté d'augmenter ou de diminuer ses biens, de les vendre, de les affecter, de les hypothéquer (5).

Voilà le résumé des idées qui avaient prévalu, malgré Lebrun (6), Argou (7) et quelques coutu-

(1) Loisel, IV, 5. 14.
(2) *Sur Loisel*, liv. 4, t. IV, *Observat. prélim.*
(3) Ferrières, *loc. cit.*, 40, 51 et suiv. Ricard, 981 et suiv. Bourbonnais, art. 210. *Contrà*, Auvergne, ch. 14, art. 22. Sédan, art. 112.
(4) *Success.*, 4, 2, 2, 32.
(5) Lebrun, *loc. cit.*
(6) *Success.*, 4, 2. 2, 32.
(7) *Instit. au droit français*, 2, XI, t. I, p. 273.

mes (1). M. de Lamoignon avait condamné les donations de biens présents et à venir, à cause de leur incertitude (2); et les arrêts nombreux rendus sur cette matière n'avaient, en général, maintenu les donations de biens présents et à venir, qu'en les transformant en donations à cause de mort (3).

Aussi, lorsque D'Aguesseau rédigea l'ordonnance de 1731, se rangea-t-il à cette opinion, en prohibant les donations de biens présents et à venir par la disposition de l'art. 15.

Mais la donation devait-elle être déclarée nulle pour le tout ou seulement pour les biens à venir? L'ordonnance de 1731, faisant cesser les doutes anciens, si bien exposés par Lebrun (4), déclara que la donation serait, dans tous les cas, nulle pour le tout, même pour les biens présents, n'exceptant que les donations par contrat de mariage en faveur des conjoints (5). D'Aguesseau fut déterminé par la considé-

(1) Auvergne et Sédan précités.

(2) *Junge* Auzanet *sur Paris*, art. 274.

(3) Ferrières, *loc. cit.*, 51 et suiv.

(4) *Success.*, 4, 2, 2, 38 et suiv.

(5) Cujas avait soutenu la division de la donation dans son commentaire sur la loi 35 C., *De donat.* : « *Neque tamen* » *ex eo sequitur, quod voluit Nicolaus Valla, senator parisien-* » *sis, inutilem esse donationem bonorum præsentium et futuro-* » *rum, quod futurorum, quæ est inutilis, importet præjudicium* » *donationi præsentium, quæ per se est utilis, conjuncta cum* » *donatione futurorum redditur inutilis. Malè, quia in dona-* » *tione jam illud est absolutum et iteratum sæpius, utilem* » *partem donationis non vitiari per inutilem.* »

Surdus professe aussi le principe de la division (cons. 150,

ration, qu'il paraissait contraire aux véritables principes de diviser un acte qui avait été originairement un dans la pensée des contractants, et que les vices des contrats, dans lesquels on blesse l'esprit et l'intention de la loi, les rendent entièrement nuls; que d'un autre côté, si la loi faisait dépendre la nullité de la recherche de l'intention du donateur, l'admission des conjectures ouvrirait la porte à un grand nombre de procès qu'il est du devoir du législateur d'arrêter (1); qu'enfin, et en allant au fond des choses, il est présumable que le donateur n'avait donné les biens présents qu'en vue et en considération des biens à venir, afin de former un bloc de son actif et de son passif et de le faire passer, au moment de son décès, sur la tête du donataire universel, à peu près comme sur la tête d'un héritier (2); qu'on ne peut diviser des choses qui ont été données sous un nom collectif; que le donataire a dû s'attendre à suivre l'événement incertain des affaires du donateur, et que, soit de son côté, soit de celui du disposant, il n'est pas permis de diviser, sans faire violence au contrat, une donation qui a uni et enveloppé dans une même clause le présent avec l'avenir (3).

1196. Il est vrai que l'ordonnance de 1731 auto-

t. III, p. 772, nos 56, 57, 58). Ses raisons sont très-développées et très-solides. Au contraire, Duval soutenait la nullité totale, *De reb. dubiis*, 2, 4, et Ricard distinguait, 1, 1022.

(1) M. Merlin, Répert., v° *Donation*, p. 89. Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 10, n° 4.

(2) Lebrun, 4, 2, 2, 39.

(3) Id., n° 41.

rise la donation de biens présents et à venir dans les contrats de mariage, et qu'elle permet même de la diviser à certaines conditions (1). Mais le contrat de mariage fait exception à bien des règles. La donation de biens présents et à venir ne pouvait être exclue des contrats de mariage, qui admettent l'institution contractuelle, avec laquelle elle a de si grandes analogies (2).

1197. Le Code, qui a consacré la maxime : *donner et retenir ne vaut*, a dû proscrire les donations de biens à venir, non pas par toutes les raisons que nous venons d'exposer, et surtout celle qui se puisait dans la nécessité de la tradition, mais à cause de leur incertitude et du droit potestatif que le donateur conserve sur les biens à venir. Par où l'on voit que le Code se montre plus sévère en matière de donation qu'en matière ordinaire. Car, d'après le droit commun, on peut vendre des choses qui n'existent pas encore (3), ainsi que cela se pratique journellement dans le commerce. Le Code autorise même, dans certains cas, l'hypothèque des biens à venir, malgré le principe de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle (4). Mais la donation est un contrat dangereux contre lequel des précautions doivent être prises.

Toutefois la nullité de la donation des biens à venir

(1) Art. 17 de l'ord.
(2) *Infrà*, nos 2380 et suiv.
(3) Art. 1130, 1128 et 1598.
(4) Art. 2130.

n'entraîne plus la nullité de la donation des biens présents à laquelle elle est liée.

Notre article s'est prononcé pour la division de la donation. Il a préféré l'avis le moins rigoureux, et il n'a pas aperçu d'impossibilité radicale à distinguer, dans le contrat, deux donations différentes: celle des biens présents et celle des biens à venir; l'une qui est certaine, l'autre qui ne l'est pas et qui, se reportant au décès, ne saurait être plus irrévocable qu'un testament; la première complète, actuelle et valable, la seconde manquant des conditions d'une véritable donation.

1198. Remarquons, ensuite, que la prohibition de donner des biens à venir n'a pas lieu pour les donations par contrat de mariage (1). Le Code qui a admis l'institution contractuelle, c'est-à-dire la plus grande de toutes les anomalies, devait, à plus forte raison, suivre sur ce point la disposition de l'ordonnance de 1731, et admettre la donation des biens présents et à venir qui, au moins par son nom et son apparence, s'écarte encore moins des principes.

1199. Mais que doit-on entendre par biens à venir (2)? Ce sont les biens dont le donateur n'est pas encore propriétaire lors de la donation, tandis que les biens présents sont ceux qui appartiennent au donateur dans le temps de la donation (3), ou ceux

(1) Voy. l'art. 1084, C. Nap., et les art. 1093 et suiv. *Infrà*, nos 2380 et suiv.

(2) *Infrà*, nos 2405, 2406, 2407.

(3) Art. 15 de l'ord. de 1731.

qui sont acquis actuellement, quoique non encore possédés, ou bien ceux-là même qui ne sont pas encore advenus, mais qui adviendront en vertu d'un titre existant au moment de la donation (1).

Ainsi, l'art. 943 ne pourrait pas servir de prétexte pour annuler la donation d'une rente à prendre avec hypothèque sur les biens du donateur, avec clause expresse que la jouissance n'en commencera qu'après son décès. Car la donation a, dès l'instant même où elle est passée, un objet certain et déterminé; elle a une garantie fixée sur les biens qui composent actuellement le patrimoine du donateur. Ce dernier aura beau aliéner les biens qui forment cette garantie; la charge dont les a grevés la donation les suit, en quelques mains qu'ils passent. Par où l'on voit que le donateur a donné une chose qui était actuellement dans ses biens, et qu'il n'y a d'à venir que le payement : or, qui ne sait que le payement peut recevoir ce genre de délai, pourvu que, dès l'instant du contrat, le donateur soit lié?

1200. On peut porter le même jugement d'une somme donnée actuellement, mais seulement payable au décès du donateur (2). Le donateur est lié présentement et irrévocablement. Il ne fait que prendre un délai pour payer. De son côté, le donataire est actuellement saisi d'une créance et d'une action pour se faire payer quand le moment sera venu.

(1) Cassat., 23 novembre 1830 (Dalloz, 31, 1, 20).

(2) Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. 3, § 4, n° 4 et 5. *Infrà*, n° 1208.

1201. M. Grenier a pensé qu'une telle donation ne serait valable qu'autant que l'acte affecterait spécialement des immeubles à la sûreté hypothécaire de cette somme. Mais l'erreur de ce jurisconsulte est palpable. L'existence d'un droit ne dépend pas des garanties et des sûretés qui en assurent l'exécution; il n'y en a pas moins transmission de la propriété au donataire (1); il n'y a pas moins une créance actuelle, et le principe vivant d'une action. Il n'en faut pas davantage pour que la donation soit d'un bien présent (2).

1202. On a demandé si cette donation pouvait s'exécuter sur les biens acquis par le donateur après la donation, et quelques auteurs ont pensé que la règle posée par notre article s'oppose à ce que le donataire attaque des biens que le donateur ne possédait pas au temps de la donation (3).

J'avoue que je ne comprends pas ces scrupules. Le donateur n'a pas donné telle ou telle chose sur laquelle la donation s'exécute; il a donné une somme d'argent; il a constitué une obligation actuelle : or, qui s'oblige, oblige le sien. Il a créé une action contre lui : donc, le patrimoine tout entier du débiteur est affecté à sa libération.

On opposerait vainement un arrêt de la cour de

(1) Cassat., 8 juillet 1822 (Devill., 7, 1, 107). M. Duranton, t. VIII, n° 457. M. Marcadé sur notre article.

(2) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731, p. 134 et 135. Ferrières sur Paris, art. 274, n° 20. *Infrà*, n° 1208.

(3) M. Grenier, n° 7. M. Coin-Delisle, n° 8.

cassation du 31 mars 1824 (1). Cette décision est intervenue dans des circonstances toutes particulières. Il s'agissait de l'exercice d'une action hypothécaire, que le donataire prétendait exercer sur des tiers détenteurs, à raison de biens acquis après la donation.

1203. Ce n'est pas non plus une donation de biens à venir, si le donateur, en se réservant l'usufruit du bien qu'il donne, confère au donataire le fermage de l'année dans laquelle il viendra à décéder, quoique ce fermage ne soit pas échu au moment de son décès. La raison en est que par la donation de ces fermages, le donateur ne fait que donner au donataire une chose qui lui appartient de droit, puisqu'après la mort de lui, donateur, l'usufruit se consolide avec la propriété donnée au donataire (2).

1204. On ne trouvera pas davantage une donation de biens à venir, dans la libéralité qui consisterait à donner une chose sur laquelle on n'a qu'un droit conditionnel, un droit dépendant de l'accomplissement éventuel d'une condition casuelle ou mixte. C'est, en effet, une donation de l'action destinée à faire profiter le donataire de l'accomplissement de la condition, lequel accomplissement produira un

(1) Dalloz, 5, 506.

(2) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731. Merlin, Répert., v° *Donation*, 5, 3, § 4, n° 3. Questions de droit, v° *Donation*, § 4. Cassat., 25 pluviôse an III (Dalloz, 5, 504). Cassat., 14 floréal an XI (Dalloz, 5, 505). Cassat., 27 janvier 1819 (Dalloz, 12, 776).

effet rétroactif (1). Il y a là donation d'un bien présent, d'un droit acquis, d'une action existante.

1205. Au reste, nous allons avoir occasion de revenir là-dessus dans le commentaire de l'art. 944.

ARTICLE 944.

Toute donation entre-vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle.

SOMMAIRE.

1206. La disposition de l'art. 944 est l'application de la maxime : *Donner et retenir ne vaut.*

1207. Les conditions potestatives de la part de celui qui s'oblige, annulent l'obligation dans les matières ordinaires ; *à fortiori*, dans les donations.

1208. Une donation d'une somme fixe, à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès, doit-elle être annulée comme faite sous condition potestative ?

1209. *Quid* d'une donation de tous les meubles qui se trouvront au décès du donateur ?

1210. Renvoi.

1211. *Quid* de la donation faite sous condition qu'elle sera résoluble si le donataire se marie ?

COMMENTAIRE.

1206. Notre article est une suite de la maxime « *donner et retenir ne vaut* » qui serait violée, si la loi

(1) Furgole, *loc. cit.*

permettait que le donateur imposât à la donation des conditions pleinement potestatives, et par lesquelles il lui serait loisible d'anéantir son don. Il faut, en effet, que, dès l'instant du don, le donateur soit tellement lié qu'il ne soit plus le maître de se repentir de sa donation. Il faut, de plus, que la donation soit irrévocable, et elle ne le serait pas si le donateur pouvait, par des moyens indirects, en priver le donataire.

1207. En général, les obligations sont nulles, lorsqu'elles sont contractées sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (1). Mais ce principe s'entend avec beaucoup plus de sévérité dans la matière des donations que dans les matières ordinaires. On y regarde comme dépendant de la seule volonté du donateur des conditions qui, dans les conventions telles que la vente, l'échange, le louage, la société, ne seraient pas regardées comme potestatives. Quand il s'agit de donations, une condition est jugée potestative, quand elle viole la règle « *donner et retenir ne vaut.* » C'est là le *criterium* tout spécial auquel se rapportent ces sortes de questions (2).

1208. Ceci posé, arrivons à quelques exemples.

Une donation d'une somme fixe, à prendre sur les biens meubles et immeubles que le donateur laissera à son décès, doit-elle être annulée comme faite sous

(1) Art. 1174. Voy., art. 1170, la définition de la condition potestative.

(2) Arg. du n° 1197 *suprà*. V. aussi les annotateurs de M. Zachariæ, t. II, p. 297.

une condition qui dépend de la seule volonté du donateur? Cette question se lie à celle que nous avons examinée au n° 1200; elle est cependant différente.

« Cette question, dit Bergier sur Ricard, s'est » présentée plusieurs fois. Elle ne pouvait guère » faire la matière d'un problème sérieux. L'âme de » la donation entre-vifs, ce qui la constitue telle, » c'est l'expropriation absolue et irrévocable du do- » nateur. Il est vrai qu'on peut donner entre-vifs, et » renvoyer cependant après sa mort l'exécution de » la donation; mais, disait Cochin (1), il faut, en ce » cas, que le droit du donataire soit irrévocablement » formé sur tous les biens que le donateur possède » pendant sa vie, et que le donataire ne soit pas ré- » duit à se venger sur les biens qui se trouveront au » jour du décès du donateur. Ces deux espèces, qui » d'abord paraissent avoir quelque connexité, sont » cependant essentiellement différentes : Je donne » 15,000 fr. sur tous mes biens, dont mon donataire » ne pourra se faire payer qu'après ma mort. Cette » donation est bonne, parce que tous les biens du » donateur en sont chargés, soit qu'il les ait encore » au jour de son décès, soit qu'il en ait disposé pen- » dant sa vie. Toutes les dispositions entre-vifs qu'il » aura pu faire depuis la donation ne pourront nuire » au donataire. Son droit est irrévocablement formé, » quoique le payement soit suspendu. Mais je donne » 15,000 francs, à prendre sur les biens que j'aurai

(1) T. IV, p. 395.

» au jour de mon décès; cette donation est nulle,
» parce que le droit du donataire étant limité aux
» biens que le donateur laissera au jour de sa mort,
» le donateur est maître de disposer pendant sa vie,
» de vendre, engager, hypothéquer, tout ainsi que
» s'il n'avait pas précédemment donné (1). »

1209. Que devrait-on décider d'une donation de tous les meubles qui se trouveront au décès du donateur.

La loi 16, D. *De donat.*, semble approuver cette disposition : « *Sciant hæredes mei me vestem univer-* » *sam meam ac res cæteras quascumque in diem mor-* » *tis meæ mecum habui, illi et libertis meis vivum* » *donâsse.* » Voilà l'espèce, et Ulpien la résout en ces termes : « *Dominium ad libertos benignâ interpre-* » *tatione pertinere* (2). » Plusieurs arrêts, antérieurs à l'ordonnance de 1731, ont validé des donations de meubles qui existaient au jour du décès (3).

Mais cette jurisprudence n'est pas plus compatible avec le Code Napoléon, qu'elle ne l'était avec l'ordonnance de 1731.

En effet, des donations de cette espèce sont soumises à cette condition potestative, s'il y a des meubles; et il est évident que le donateur peut, par sa volonté, empêcher qu'il y en ait. Évidemment, on transformerait la donation entre-vifs en donation à

(1) M. Merlin, Répert., v° *Donat.*, p. 90.

(2) Voy. aussi Favre, cap. 9, *versic. ult.*

(3) Louet, lettre *D*, somm. 10, et Brodeau. Servin, vol. 3, plaid. 21.

cause de mort; il faut conserver le caractère différent de ces deux ordres de dispositions.

Quant à la loi 16, D. *De donat.*, les termes en sont tels que la donation semble faite le jour même de la mort, dans un moment où le donateur se détachant de la vie, était plus préoccupé de confirmer sa libéralité que d'en paralyser les effets.

1210. Les articles 945 et 946 qui suivent contiennent des exemples de conditions potestatives produisant nullité des donations.

1211. La donation qui dépend de la condition « si le donateur se marie », est-elle nulle? Par exemple : Pierre donne sa terre des Aulnois à son frère, à la condition que cette donation n'aura pas d'effet, si lui, Pierre, vient à se marier.

Ou bien encore : Pierre, étant au moment de contracter mariage avec Françoise, veut gratifier un enfant que celle-ci a d'un premier mariage, et il donne à cet enfant 10,000 fr., en ajoutant comme condition : « Si je me marie avec Françoise. »

Dans le premier cas, l'annotateur de Ricard cite, d'après des notes de son auteur, un arrêt du parlement de Paris du 20 février 1668, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Talon, qui déclara la donation nulle (1). Il conserve cependant des doutes sur la question, et croit que la solution a pu être déterminée par des circonstances particulières.

Pourtant, il n'est pas douteux qu'une telle condi-

(1) *Donat.*, p. 1, n° 1038.

tion laisse au donateur la liberté de révoquer la donation, et qu'elle l'infecte du vice de *donner* et *retenir*. Dans l'espèce posée, la condition de se marier est potestative (1); elle dépend de la volonté du disposant; la donation ne produit donc pas un véritable dessaisissement (2).

Le second cas n'est pas aussi clair. La condition y est formulée avec des circonstances qui la rendent mixte et non potestative. Car la condition de se marier est mixte, lorsque la personne à épouser est désignée; comme par exemple : Je vous donne 10,000 fr., à condition que ce don sera sans effet, si je me marie avec Titia (3). Or, en pareil cas, pourquoi la donation serait-elle nulle? Il ne dépend pas de la seule volonté du donateur d'annuler la donation en se mariant. Car il ne peut pas se marier d'une manière quelconque; il ne peut se marier qu'avec Titia, dont la volonté peut résister à la sienne et paralyser le mariage. Remarquez bien que notre article exige textuellement que l'exécution de la donation dépende de la seule volonté du donateur. Est-ce bien notre cas? Il serait difficile de le soutenir. Sans doute, quand la personne n'est pas désignée, on doit reconnaître que le mariage dépend de l'unique volonté du disposant; s'il n'épouse pas l'une, il épousera l'autre, et son libre arbitre pour faire évanouir la donation, trouvera toujours moyen de se satisfaire. Mais il en

(1) Art. 1170, C. Nap.
(2) *Junge* Ferrières *sur Paris*, art., 274, n° 4.
(3) *Suprà*, n° 192.

est tout autrement quand la personne est désignée. Le disposant peut vouloir retirer ce qu'il a donné, sans que sa volonté suffise ; il faut encore celle de Titia, et celle-ci peut le refuser pour mari, et son refus, empêcher la condition de se réaliser.

Nous ne dissimulons pas, cependant, qu'un arrêt de la cour d'Orléans paraît avoir proscrit cette distinction (1).

Une dame Choisant devant se marier avec un sieur Millet, avait fait un don purement et simplement aux enfants que Millet avait d'un précédent mariage, en ajoutant que c'était en vue de son mariage, et à sa considération seule, qu'elle faisait cette libéralité. Le mariage avait eu lieu. La cour, se fondant sur notre article, déclara le don nul, par la raison que la condition, « si je me marie, » est potestative. Cet arrêt est bien sévère ; je pourrais même dire quelque chose de plus ; car la condition en question est mixte d'après les principes les mieux constatés, et notre article ne condamne pas les conditions mixtes ; il ne repousse que les conditions potestatives. Remarquez, en outre, qu'il s'agissait d'un mariage arrêté, et qui s'était réalisé. N'y aurait-il pas dans la cause des circonstances particulières que les notices ont laissé échapper ?

(1) 17 janvier 1846 (Devill., 46, 2, 179). M. Grenier, n° 13. M. Delvincourt, t. II, p. 489. M. Duranton, t. VIII, n° 477. M. Vazeille, *des Donations*, 944, n° 3. V. M. Toullier, t. V, n°s 272, 273.

ARTICLE 945.

Elle sera pareillement nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé.

SOMMAIRE.

1212. Cette disposition est une application de la règle : *Donner et retenir ne vaut.*

1213. Est nulle la donation dans laquelle a été imposée au donataire la charge de donner une somme déterminée à tous et chacun des domestiques que le donateur aurait à son décès.

1214. Le donataire de tous les biens présents n'est pas assujetti de plein droit au payement des dettes.

1215. Il en est différemment du légataire.

1216. L'obligation de prendre fait et cause pour le donateur envers un tiers, ne réfléchit pas contre le donataire qui agit en éviction contre ce tiers pour des causes à lui propres.

1217. La charge ne peut excéder l'émolument, dans le cas où le donateur a imposé expressément au donataire l'obligation de payer les dettes.

1218. Il en est de même dans le cas des donations permises qui ont pour objet les biens présents et à venir.

1219. Opinion du président Favre sur la donation faite avec charge, lorsque la chose donnée a pour le donataire une valeur d'affection.

1220. *Quid* de la donation faite, à la charge par le donateur

d'accomplir le testament que pourra faire le donateur?

1221. *Quid* de la charge d'acquitter les frais funéraires du donateur?

COMMENTAIRE.

1212. Cet article est encore une conséquence du principe, « *donner et retenir ne vaut.* » Si le donateur pouvait obliger le donataire à payer ses dettes à venir, il s'ensuivrait qu'il pourrait créer de fantaisie des dettes qui absorberaient la donation.

« Il n'y a rien de plus contraire à l'irrévocabilité, » et à la certitude nécessairement requises pour » rendre valable une donation entre-vifs, dit Ri- » card (1), que la liberté donnée au donateur de » pouvoir la réduire au néant par la création d'au- » tant de dettes qu'il lui plaira : cette disposition est » plutôt du ressort de la donation à cause de mort » dont la marque est lorsque le donateur ne veut pas » quitter absolument la propriété de la chose don- » née (2). »

Il faut donc que le donataire ne soit pas assujetti à des obligations futures, à des charges laissées à un futur contingent. Il ne saurait être astreint à payer d'autres dettes que celles qui étaient déjà contractées au moment de la donation, ou qui seraient exprimées dans l'acte de donation, ou dans l'état annexé.

(1) *Donat.*, p. 1, n° 1027.

(2) Voy. cependant un arrêt du 11 janvier 1586, dans Louet, lettre *D*, somm. 10. Mais il est antérieur à l'ord. de 1731.

1213. C'est en se conformant à ces idées que la cour de cassation a décidé que la charge imposée au donataire de donner une somme déterminée à tous et chacun des domestiques que le donateur aurait lors de son décès, emporte la nullité de la donation (1). Cet arrêt est dans les vrais principes ; car la condition, à laquelle le donataire était soumis, était destructive de l'irrévocabilité de la donation (2).

1214. Pour parvenir à une intelligence plus complète de l'art. 945, il faut rappeler la manière dont les donataires sont tenus des dettes. Nous avons traité ce point avec développement dans notre commentaire de la *Vente* (3). Nous avons examiné la question au point de vue du droit romain et du droit nouveau, des principes et de la jurisprudence. Nous maintenons ici l'opinion seule juridique, seule conforme aux principes, à la logique et à la nature des choses, à savoir, que le donataire de tous les biens présents n'est pas tenu directement et personnellement des dettes existantes au jour de la donation, à moins qu'il n'en ait été chargé par une clause expresse (4), ou que l'intention de le grever ne résulte des paroles employées (5), ou même des circonstances (6). Par

(1) Arrêt du 17 thermidor an VII (Devill., 1, 1, 233).

(2) Voy. cependant M. Duranton, t. VIII, n° 483.

(3) T. I, n° 449 et suiv., et *Hypot.*, n° 812.

(4) Montpellier, 3 avril 1833 (Dalloz, 34, 2, 40). Toulouse, 13 juillet 1839 (Dalloz, 40, 2, 37. Devill., 39, 2, 519).

(5) Toulouse, 29 juin 1836 (Dalloz, 38, 2, 81. Devill., 37, 2, 27).

(6) *Infrà*, n° 2310.

exemple, supposons qu'il ait été joint à la donation un état des dettes; évidemment on devrait dire que le donateur a voulu qu'il les payât (1). Mais, à part ces réserves expresses ou tacites, il est certain que le donataire, même de tous biens présents, n'est pas assujetti de plein droit au payement des dettes. C'est le donateur qui reste débiteur personnel; c'est contre lui que ses créanciers doivent agir. Ces derniers n'ont qu'un recours subsidiaire contre le donataire, dans le cas où, après la discussion des biens du donateur, ils acquièrent la preuve que la donation a fait fraude à leurs droits.

1215. C'est en cela que la condition des donataires est différente de celle des légataires. Nous avons expliqué, au lieu cité, les raisons décisives de cette différence. Un titre donné entre-vifs n'a pas nécessairement les mêmes effets qu'un titre donné à cause de mort. Nous ne répétons pas ici les considérations auxquelles nous nous sommes livré et auxquelles il faudra recourir.

1216. Du principe que le donataire n'est pas tenu personnellement, *ipso jure*, des dettes, il suit que l'obligation de prendre le fait et cause, à laquelle le donateur était tenu envers un tiers, ne réfléchit pas sur son donataire, qui prétend évincer ce dernier pour des causes à lui propres.

Par exemple :

Primus vend à Secundus l'immeuble A, apparte-

(1) Cassat., 2 mars 1840 (Devill., 40, 1, 345. Dalloz, 40, 1, 152).

nant à Tertius. Quelque temps après, il donne ses biens présents à ce même Tertius.

Tertius, voulant rentrer dans la possession de son immeuble A, actionne Secundus en désistement. Secundus demande qu'il soit déclaré non-recevable, en opposant la règle : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.* Y sera-t-il fondé?

Non! Tertius n'a contracté aucune obligation personnelle, et la donation ne lui en a imposé aucune, *ipso jure.* Rien ne l'assujettit, par conséquent, à prendre le fait et cause de Primus; rien ne lui défend, par contre, de revendiquer son propre héritage, et il n'a pas de fin de non-recevoir à redouter. Seulement, si le donateur ne peut indemniser Secundus, celui-ci aura un recours utile, mais indirect, contre Tertius, pour recevoir les indemnités dont parle l'article 1630 du Code Napoléon (1).

1217. Revenons au cas où la donation a imposé au donataire l'obligation de payer les dettes, et demandons-nous si la charge de ces dettes peut excéder l'émolument (2).

Tous les auteurs s'accordent à dire qu'il ne peut être tenu des dettes « *ultrà rerum donatarum quantitatem* (3). » Il serait, en effet, contradictoire de

(1) Mon comm. de la *Vente*, t. I, n° 456. *Contrà*, Bordeaux, 7 août 1834 (Devill., 35, 2, 35. Dalloz, 38, 2, 207).

(2) Voy. ce que nous disons *suprà*, n° 365.

(3) Voët, *De donat.*, n° 20. Furgole sur l'art. 17 de l'ord. de 1731, p. 164. Ricard, p. 3, n° 1517.

donner le titre de libéralité à une donation qui appauvrirait le donataire (1).

Nec obstat ce que nous avons enseigné ci-dessus (2) sur l'obligation du donataire de rester lié à la donation lorsque des charges expresses lui sont imposées. Nous n'avons voulu parler alors que des charges qui donnent à la donation un caractère de commerce, et c'est dans ces termes restreints et précis que nous avons posé la question. Mais ce caractère commutatif, intéressé de part et d'autre, n'appartient pas à l'obligation de payer les dettes; car étant une charge des biens, elles ne sont déléguées au donataire qu'à cause de ces mêmes biens. Celui-ci peut donc s'en exonérer en abandonnant les biens, et aucun préjudice n'est porté au donateur, qui n'est pas censé avoir voulu faire une spéculation, pour se décharger sur autrui de ses obligations naturelles (3).

1218. Doit-on rendre la même décision, alors que la donation est des biens présents et à venir, dans le cas où il est permis d'en faire? L'action des créanciers, au lieu d'être pure personnelle, n'est-elle que *personalis in rem scripta* (4)? Nous examinerons dans notre commentaire des articles 1084 et 1085 cette question, qui est assez délicate à cause des rapports du donataire universel avec l'héritier contractuel (5).

(1) *Suprà*, n° 365.
(2) N° 69.
(3) *Infrà*, n° 2451.
(4) Furgole, *loc. cit.*
(5) *Infrà*, n° 2416.

1219. Malgré ces règles de droit, rien n'empêche que, par une convention, le donateur n'impose à celui qu'il gratifie quelque condition qui lui soit onéreuse. Si, d'après les circonstances, on aperçoit que la chose donnée et dont le prix était indéterminé, avait pour le donateur une valeur d'affection, en ce cas, le donataire, qui a accepté la charge, doit s'imputer d'avoir estimé si haut la chose donnée. C'est ce que dit le président Favre (1) : « *Is cui » datum est certâ lege, quæ faciat ut plus incommodi » quàm commodi ex donatione sentiat, si donationem » agnoverit, non potest resilire à contractu. Potest hoc » evenire, si fortè donatio facta sit sub onere dandi pe- » cuniam quæ excedat rei donatæ valorem, cùm ma- » luisset donatarius habere rem donatam. Sibi enim » imputare debet, cur rem donatam tanti existimave- » rit* (2). »

1220. Pour terminer le commentaire de l'art. 945, nous devons dire qu'on a autrefois agité la question de savoir si la donation faite, à la charge par le donataire d'accomplir le testament que pourra faire le donateur, est valable (3). On la décidait par l'affirmative, en donnant cette couleur que le donateur n'était plus maître d'épuiser par son testament la totalité de ses biens, et que s'il le faisait, ses dispo-

(1) Code, 8, 37, 4.

(2) *Suprà*, n°s 365, 366.

(3) Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 10, n° 5. Coquille *sur Nivernais, Des donat.*, art. 3. Ricard, p. 1, n° 1032. Boërius, quest. 244, n° 9. Dumoulin *sur Auvergne*, ch. 14, art. 20.

sitions seraient réductibles, *arbitrio boni viri*, ainsi qu'on peut le colliger de la loi 54, D. *Ad. S. C. Trebell.* Mais les arrêts qui l'ont ainsi décidé (1) sont antérieurs à l'ordonnance de 1731, et nous ne faisons pas de difficulté de nous ranger à l'avis de M. Grenier, qui pense que sous le régime de cette ordonnance, et sous le Code Napoléon, il serait impossible de décider ainsi. Les legs contenus dans le testament seraient évidemment des charges postérieures à la donation, et notre article ne permettrait pas que le donateur en fît la condition de sa libéralité. D'ailleurs, rien ne permettrait aujourd'hui de réduire des dispositions testamentaires, « *ad arbitrium boni viri.* »

1221. Mais la charge d'acquitter les frais funéraires du donateur ne vicierait pas la donation, parce que ces frais sont évalués suivant la condition de la personne, et que, sous ce rapport, il y a une fixation connue lors de la donation.

ARTICLE 946.

En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés; s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires.

(1) Arrêt du 14 août 1574. Brodeau sur cet arrêt, lettre *D*, somm. 10, n° 5.

SOMMAIRE.

1222. La disposition de cet article est encore une conséquence du principe : *Donner et retenir ne vaut.*
1223. Coup d'œil sur l'ancien droit au sujet de la réserve de disposer faite par le donateur.
1224. Le Code a adopté ici la disposition prohibitive du droit coutumier.
1225. *Quid* s'il s'agissait d'une réserve éventuelle qui regardât un tiers et qui, par l'événement, ne pourrait plus avoir lieu ?
1226. Réfutation de l'opinion émise sur ce point par MM. Grenier et Toullier.

COMMENTAIRE.

1222. Notre article est emprunté à l'art. 16 de l'ordonnance de 1731. Il déclare que lorsque le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un effet, ou d'une somme fixe compris dans la donation, il n'y a pas de donation à cet égard, ainsi que le disait l'art. 274 de la Coutume de Paris : c'est donner et retenir, lorsque le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée. C'est pourquoi, la loi veut que les héritiers reprennent la chose réservée, comme faisant partie de la succession du donateur, si toutefois ce dernier n'en avait pas disposé.

1223. Ces mots, *nonobstant toute stipulation contraire*, ont pour but de trancher, comme l'avait fait l'art. 16 de l'ordonnance de 1731, une difficulté

qu'avait prévue Ricard (1). Ce jurisconsulte se demandait ce qu'il faudrait décider si le donateur avait dit : « qu'en cas qu'il mourût sans avoir disposé de » la somme réservée, il entendait qu'elle fît partie » de la donation. »

Ricard décidait que, dans les pays de coutume, lesquels exigeaient la tradition, cette stipulation ou clause ne pouvait pas rendre la donation valable, quant à la somme réservée, par la raison qu'il n'y avait pas de dessaisissement actuel et irrévocable. Quant aux pays de droit écrit, où la tradition, comme on sait, n'était pas requise, il pensait que la clause était valable, et que le donateur pouvait en profiter.

Mais l'exactitude de cette décision était fort contestable, quant aux pays de droit écrit ; car il fallait, suivant les règles du droit romain, que la donation fût irrévocable, et qu'elle ne pût dépendre d'une condition purement potestative au donateur. Or, la clause de réserve est contraire à cette irrévocabilité ; elle n'est nullement purgée par le correctif qu'en cas de non-disposition la chose appartiendra au donataire. Une pareille stipulation est vicieuse *ab initio*, et elle ne peut subsister.

1224. C'est avec grande raison que le Code Napoléon, qui n'exige plus de tradition, a néanmoins adopté la disposition du droit coutumier sur la matière qui nous occupe. Car la réserve de disposer, stipulée par le donateur, n'est pas seulement contraire à l'obligation de faire tradition ; elle est encore con-

(1) P. 1, nos 1014, 1015, 1016.

traire à l'irrévocabilité de la donation, et à la règle *donner et retenir ne vaut.*

1225. Suivant MM. Grenier (1) et Toullier (2), notre article est susceptible d'une restriction, et il ne doit « s'entendre que du cas d'une réserve absolue » et indéfinie sur les objets donnés. Mais s'il s'agissait » d'une réserve éventuelle, qui regardât un tiers, et » qui par l'événement ne pourrait plus avoir lieu, ni » le donateur, ni ses héritiers ne pourraient s'en » prévaloir contre le donataire pour demander un » retranchement sur la donation.» Par exemple, si la donation contenait la faculté de disposer de 20,000 fr. en faveur de l'épouse du donateur, pour le cas où il prédécéderait, et que l'épouse décédât avant le donateur, cette réserve serait éteinte au profit du donataire.

1226. Cette opinion de MM. Grenier et Toullier n'est pas admissible. La réserve de disposer produit les effets déterminés par notre article, qu'elle soit conditionnelle, ou qu'elle soit absolue.

Inutilement MM. Grenier et Toullier citent-ils un arrêt de la cour d'Aix (3). Cette cour ne s'est pas décidée par le motif dont MM. Grenier et Toullier ont cru devoir faire un principe. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une donation dans laquelle le donateur s'était réservé le droit de faire à sa veuve une rente viagère de 700 fr., dans le cas où elle survivrait. La cour considéra que la réserve d'établir une pension

(1) T. I, p. 149.
(2) T. V, p. 226
(3) 17 thermidor an XIII (Dalloz, 5, 405).

viagère n'était qu'une charge sur les fruits des biens donnés, que c'était une réserve du revenu et non du fonds, qui n'empêchait pas que la donation ne fût valable pour les biens donnés, de même qu'on peut donner une chose et en détacher l'usufruit soit à son profit, soit au profit d'un tiers. L'avocat remarqua que le donateur pouvait, par la donation même, assurer cette pension de 700 fr. à sa femme, sans entamer la propriété des choses données. Il est vrai, disait-il, qu'il ne s'est réservé que la faculté de le faire plus tard. Or, la faculté de le faire ne saurait produire un effet différent de l'acte même. L'acte et la faculté ne portant point sur la nue propriété, qui est l'objet actuel de la donation, n'y font point exception. Le donateur ne retient rien de cette nue propriété qu'il transfère entière. Le domaine utile, sur lequel il stipule, est à lui ; il ne fait que reculer l'instant où il sera réuni au domaine direct.

Ces motifs sont excellents, tandis que la distinction de MM. Grenier et Toullier pourrait ouvrir la porte à de grands abus et occasionner une interprétation contraire au sens de l'art. 948.

ARTICLE 947.

Les quatre articles précédents ne s'appliquent pas aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre.

SOMMAIRE.

1227. Motifs de la disposition de l'art. 947.
1228. Suite.

COMMENTAIRE.

1227. Les art. 943, 944, 945, 946 ne s'appliquent pas aux donations faites, par contrat de mariage, aux époux ou enfants à naître du mariage, ni aux dispositions entre époux par contrat de mariage ou pendant le mariage.

Cette exception, déjà admise dans l'ancien droit, s'explique par les motifs suivants : c'est que les contrats de mariage sont susceptibles de clauses testamentaires et à cause de mort, et de stipulations qui, en raison de ce caractère, sont dispensées de la règle *donner et retenir ne vaut.* Ainsi l'on peut instituer un héritier par contrat de mariage : c'est ce qu'on appelle *institution contractuelle*, qui est une donation irrévocable non des biens présents, mais des biens que le donateur laissera à son décès, ou autrement dit, de sa succession. Cette institution n'empêche pas le donateur de vendre, d'hypothéquer, d'aliéner à titre onéreux, de rendre ses biens responsables de ses dettes futures; car il ne s'engage qu'à donner sa succession. Il serait donc contraire à la nature de ce genre de dispositions d'empêcher le donateur de stipuler que le donataire sera chargé des dettes qu'il laissera à son décès, de se réserver la disposition d'un effet particulier de la donation, d'apposer des conditions po-

testatives à lui donateur; car toutes ces clauses sont de la nature des dispositions testamentaires, et par conséquent aptes à figurer dans les contrats de mariage. Ce qui a fait qu'on les a bannies des donations entre-vifs, c'est que ces dernières ne sont nullement susceptibles des clauses testamentaires ou à cause de mort (1).

1228. Partant de là, le Code Napoléon a dû excepter les donations par contrat de mariage des dispositions contenues dans les quatre articles précédents. Aussi verrons-nous, par l'art. 1086, que dans les donations faites par contrat de mariage, on peut insérer la condition de payer indistinctement toutes les dettes ou charges de la succession du donateur, ou telles autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté, stipuler que le donateur se réserve la faculté de disposer de telle somme ou effet, etc. Alors la donation, quoique qualifiée entre-vifs et irrévocable, est une pure donation testamentaire, révocable par des moyens indirects; c'est une donation testamentaire contenue dans un acte entre-vifs: chose à la vérité exorbitante, mais que la faveur des mariages a permis d'introduire par des raisons d'intérêt public que tout le monde comprend, et pour des arrangements de famille que tout le monde doit respecter (2).

(1) Ricard, p. 1, nos 1055 et suiv. Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 10, no 4. Voy. art. 17 et 18 de l'ord. de 1731, et Furgole sur ce texte.

(2) Furgole sur l'art. 17 de l'ord. de 1731. *Infrà*, no 2446.

Article 948.

Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur, et du donataire, et de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation.

SOMMAIRE.

1229. Importance de l'art. 948.
1230. Cet article, du reste, n'est pas applicable aux donations dites *de main-chaude*.
1231. Pour les autres donations d'effets mobiliers, il faut, outre les formalités ordinaires, un état estimatif signé des parties et annexé à la minute.
1232. Motif de cette disposition.
1233. L'état dont il s'agit est inutile, si la description des meubles existe dans le corps même de la donation.
1234. L'exception faite par l'art. 15 de l'ordonnance de 1731, pour le cas où la tradition a lieu au moment de l'acte, n'a pas été admise par le Code.
1235. Le donateur qui aurait fait tradition des effets mobiliers pourrait aujourd'hui les réclamer, s'il n'y avait pas eu d'état estimatif. — *A fortiori*, si les effets mobiliers sont restés en sa possession, pourra-t-il se refuser à la délivrance ?
1236. Les créanciers du donateur peuvent exercer le même droit que lui,
1237. Quand même ils seraient postérieurs à la donation.
1238. Durée de l'action en nullité.
1239. Peu importe la forme de l'état estimatif.
1240. L'estimation des meubles doit, autant que possible, être faite article par article.

1241. Les parties peuvent-elles se dispenser de l'état estimatif, en se référant à un état détaillé et estimatif renfermé dans un autre acte ?

1242. La confection de l'état doit être contemporaine de la donation.

1243. Ne sont pas soumises à la formalité de l'état descriptif les donations des choses qui sont immeubles par destination.

1244. Les choses incorporelles comprises dans les art. 529 et 530 doivent, lorsqu'elles font l'objet d'une donation, être soumises à un état estimatif.

1245. La signification faite au débiteur ne suffirait plus aujourd'hui pour dispenser d'un état estimatif la donation de rentes et de créances.

1246. Dans ce cas, la notification du titre est en outre exigée dans l'intérêt des tiers et des débiteurs.

1247. Inutilité de l'état estimatif lorsque le chiffre de la créance indique la valeur de la chose,

1248. Ou lorsque les énonciations de la donation sont suffisantes pour faire apprécier cette valeur.

1249. Arrêt de la cour d'Agen au sujet d'une donation d'effets négociables.

1250. La donation d'effets mobiliers, faite par contrat de mariage, n'est pas dispensée de l'état estimatif.

1251. Il en est de même des donations entre époux.

1252. Les donations, du reste, ne sont sujettes à l'état annexé qu'autant qu'elles ont trait à des meubles présents.

1253. L'art. 948 est-il applicable aux donations d'universalités de meubles ?

COMMENTAIRE.

1229. Notre article est une des dispositions les plus importantes de ce titre. Il prend des précau-

tions nécessaires pour donner aux donations de meubles de la stabilité, pour les préserver du vice de *donner et retenir*, pour assurer les intérêts des héritiers et des tiers (1).

1230. Commençons, cependant, par dire qu'il n'est pas applicable aux donations mobilières de *main-chaude*, ou autrement dit aux donations de meubles qui se font avec tradition présente. On sait que ces donations se consomment par la tradition, qu'elles ne laissent pas de traces, et qu'elles constituent la plus absolue et la plus radicale des aliénations. Il serait donc contradictoire et illogique de les soumettre à des formalités extérieures destinées à les fortifier; car rien n'est plus fort qu'une aliénation de la main à la main, qui investit le possesseur au suprême degré. Il faut, ou rejeter entièrement ces sortes de donations, ou les admettre telles qu'elles sont et qu'elles valent par leur propre nature (2).

1231. Nous disons donc que notre article ne concerne que les donations mobilières et solennelles dont les parties rédigent un acte, conformément à l'art. 931. Alors, il ne suffit pas que cet acte soit fait dans la forme notariée, et qu'il contienne l'acceptation publique du donataire, ou que cette acceptation ait été postérieurement rédigée en forme authen-

(1) *Suprà*, n° 1068. MM. Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. 5, § 1, art. 4, et sect. 2, § 7; Toullier, t. V, n° 180; Vazeille, *Des donations*, t. II, p. 301 et 302; Grenier, t. I, n° 169.

(2) *Suprà*, n° 1041.

tique : il faut encore qu'il soit dressé un état estimatif des effets mobiliers qui font l'objet de la donation, que cet état soit signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour ce dernier, et qu'il soit annexé à la minute de la donation.

1232. Cette disposition de l'art. 948 est empruntée à l'art. 15 de l'ordonnance de 1731. Elle s'appuie sur les mêmes motifs, c'est-à-dire sur la nécessité de rendre la donation ferme et irrévocable (1). On a considéré que divers intérêts se trouvent engagés dans les donations de meubles, et qu'il est indispensable de les protéger.

Il y a d'abord l'intérêt de l'héritier à réserve; pour fixer la quotité disponible, il faut savoir au juste ce qui en a été distrait par le donateur.

Il y a ensuite l'intérêt du donateur lui-même; car s'il y a eu tradition réelle, et qu'il y ait lieu ensuite à révocation, il est de la plus haute importance que la consistance de la donation soit précise. Il en est de même pour l'intérêt éventuel des héritiers à réserve dont il est le défenseur.

En troisième lieu, le donataire lui-même peut avoir intérêt à l'état estimatif; c'est ce qui est évident, lorsque le donateur a fait réserve de l'usufruit et qu'il faut empêcher qu'il ne reste maître de diminuer l'importance de la donation.

En quatrième lieu, enfin, se présente l'intérêt des

(1) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731. Ricard, p. 1, nos 958 et suiv.

créanciers du donateur. Ils doivent savoir ce que ce dernier a distrait de sa fortune, afin de pouvoir distinguer les effets sur lesquels ils sont en droit d'exercer leurs moyens d'exécution.

1233. Quand la description des choses mobilières données se trouve dans le corps même de la donation, il serait inutile d'exiger un état descriptif. Cet état n'offrirait qu'une formalité vaine et illusoire qui multiplierait les écritures sans nécessité.

1234. Maintenant remarquons une chose :

En empruntant à l'ordonnance de 1735 la disposition dont nous parlons, notre article a été plus loin. En effet, l'art. 15 de l'ordonnance n'exigeait pas d'état estimatif, lorsque la tradition des effets mobiliers avait été faite au moment même de la donation.

Le Code n'a pas admis cette distinction ; elle fut rejetée lors de la discussion de l'art. 948. M. Tronchet, qui demanda ce rejet, fit observer que sans un état estimatif on ne parviendrait pas à fixer la légitime des enfants (1). La loi nouvelle exige donc qu'il y ait un état estimatif, soit qu'il y ait tradition ou non ; sans quoi, dit-elle, *la donation n'est pas valable*, mots bien autrement énergiques que ceux de l'ordonnance de 1735.

C'est en vain qu'on objecterait que la tradition transformerait la donation en don manuel (2). Un don manuel n'est pas celui qui est fait par acte écrit,

(1) Fenet, t. XII, p. 373.
(2) M. Toullier, t. V, n° 180. Duranton, t. VIII, n° 405.

et une telle objection n'est ni spécieuse, ni soutenable.

1235. Partant de cette différence importante, on ne pourrait plus juger, comme sous l'ordonnance de 1731, que le donateur, qui aurait fait tradition des effets mobiliers, ne pourrait pas les réclamer, s'il n'y avait pas d'état estimatif (1). Cette décision était bonne à une époque où la tradition réelle tenait lieu de l'état descriptif. Mais aujourd'hui qu'il n'en est plus de même, et que la donation, quoique suivie de tradition, est nulle sans état estimatif, il est certain que le donateur pourrait se faire un moyen de cette nullité, d'autant qu'elle a été créée surtout dans l'intérêt de la légitime des enfants, et que par conséquent il ne dépendrait pas de lui de la couvrir.

A plus forte raison, le donateur peut demander la nullité, alors qu'il est resté en possession, et s'opposer par là à la délivrance. Il n'a pas aliéné dans la forme voulue par la loi; il n'est pas tenu de se dessaisir (2).

1236. Ses créanciers peuvent exercer le même droit que lui ; ils peuvent saisir les effets mobiliers restés en sa possession, et donnés sans un état estimatif valable. Ils sont fondés à dire que cette donation ne peut leur être opposée (3).

1237. Nous disons même que les créanciers pos-

(1) Furgole sur l'art. 15.
(2) Liége, 12 prairial an XII (Devill., 1, 2, 197).
(3) Cassat., 17 mai 1848 (Devill., 48, 1, 434).

térieurs à la donation pourraient opposer la nullité (1). Leur droit se puise, non dans la date de leur titre, mais dans le vice de celui du donataire.

1238. L'action en nullité ne dure-t-elle que dix ans, à partir du contrat? L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour de Bordeaux du 26 janvier 1841 (2), qui a appliqué l'art. 1304 du Code Napoléon.

Les motifs de cet arrêt sont que, « d'après l'art. » 1304 du Code Napoléon, dans tous les cas où l'action » en nullité ou rescision d'une convention n'est pas » limitée à un moindre temps par une loi particu- » lière, l'action dure dix ans; que cette disposition » est générale dans ses termes, et que les nullités » de forme, relatives aux actes de donation, ne peu- » vent y faire exception. »

1239. La forme de l'état estimatif n'est pas nécessairement une forme solennelle. Elle peut être sous seing privé. Quand les parties savent signer, il suffit que l'état soit signé et paraphé par elles et qu'il reste annexé à la minute de l'acte. Ce n'est que lorsque les parties ne savent pas signer, que l'état doit être fait dans la forme notariée (3). Le texte de notre article, d'accord avec l'article 15 de l'ordonnance de 1731, indique clairement que l'état estimatif peut être l'ouvrage des parties qui savent signer.

1240. Le détail des meubles doit être accompa-

(1) Amiens, 11 juin 1814 (Devill., 4, 2, 392).

(2) Devill., 41, 2, 616.

(3) M. Grenier, n° 170. Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731.

gné d'une estimation, non pas en bloc, mais, autant que possible, article par article (1). Cependant, comme il y a des choses qui ont une plus grande valeur par leur association que par leur division (par exemple une collection de médailles), l'estimation en bloc pourrait, en pareil cas, être acceptée comme plus exacte que l'estimation article par article. Notez, pourtant, qu'afin d'établir l'identité des choses données, le détail des articles est toujours indispensable (2).

1241. La pratique a plusieurs fois fait surgir une question qui n'est pas sans importance : elle consiste à savoir si les parties peuvent se dispenser de l'état estimatif, en se référant à un état détaillé et estimatif déjà existant et renfermé dans un autre acte, tel, par exemple, qu'un inventaire antérieur et notarié.

L'affirmative l'a emporté dans la jurisprudence (3). Il semble, cependant, que la rédaction de l'état estimatif et son annexe soient deux choses requises par notre article, *per modum unius*, comme dit Furgole (4). Mais on peut répondre que l'annexe existe *per relationem*, puisque l'acte contient en lui la désignation nécessaire pour arriver de la manière

(1) Bordeaux, 3 juin 1840 (Dalloz, 40, 2, 198). Cassat., 17 mai 1848. Cassation d'un arrêt d'Orléans (Devill., 48, 1, 434).

(2) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 80.

(3) Cassat., 11 juillet 1831 (rejet) (Dalloz, 31, 1, 225). Limoges, 28 novembre 1826 (Dalloz, 29, 2, 84). *Contrà*, Riom, 22 janvier 1825 (Devill., 8, 2).

(4) Sur l'art. 15 de l'ord. de 1731, p. 138, 139.

la plus précise à la connaissance de la consistance de la donation. D'ailleurs, il ne faut pas porter à l'extrême le scrupule de la formalité, et ce serait se montrer trop sévère que d'être plus sévère que l'utilité des parties ne l'exige.

1242. Comme l'état descriptif et estimatif est ce qui donne de la fixité à la donation, il doit être contemporain de l'acte; il serait trop périlleux de le remettre à une époque plus ou moins éloignée, pendant laquelle les meubles pourraient disparaître. La donation manquerait, d'ailleurs, du dessaisissement actuel qui est nécessaire à sa validité (1).

1243. Maintenant, voyons de plus près quelles sont les donations qu'on peut proprement appeler donations de meubles et auxquelles notre article est applicable.

Il est certain que les donations de choses qui sont immeubles par destination, ne sont pas soumises à la formalité de l'état descriptif (2). Ainsi, si je donne à Pierre ma ferme des Coudres, il ne sera pas nécessaire d'y joindre un état estimatif des choses qui y sont attachées à perpétuelle demeure. Car ces choses sont immeubles par fiction de la loi; elles font partie de l'immeuble et du fonds sur lequel elles sont placées, et comme lui, elles sont susceptibles d'hypothèque (art. 2118 C. N.) (3).

Mais si cet état n'est pas nécessaire pour les

(1) M. Bayle-Mouillard, t. II, p. 81.
(2) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731.
(3) Aix, 17 thermidor an XIII (Devill., 2, 2, 80). Angers, 1808 (*Ibid.*, 375). Riom, 22 janv. 1825 (*Ibid.*, 8, 2, 13).

meubles réputés immeubles, il peut être utile lorsqu'il y a réserve d'usufruit, afin de constater plus facilement la valeur des objets qui pourraient manquer, lors de la fin de l'usufruit.

1244. Lorsque la donation consiste en choses incorporelles, telles que rentes, créances, actions sur des tiers, elle doit être accompagnée d'un état estimatif (1); car ces choses sont meubles aux termes des art. 529 et 530 du Code Napoléon. Ici les précautions sont multipliées: on sait, en effet, que d'après l'art. 1690 du Code Napoléon, le donataire, pour être saisi à l'égard des tiers, est tenu de notifier son titre aux débiteurs des rentes et créances et droits. Il y a donc deux choses distinctes: l'état estimatif et la notification; l'une ne dispense pas de l'autre; chacune pourvoit à des nécessités spéciales. L'état estimatif complète la donation et rend le titre parfait entre le donateur et le donataire par l'assurance et la fixité qu'il communique à l'acte de libéralité. Quant à la signification aux débiteurs des rentes, créances et droits, son but est de saisir le donataire à l'égard des tiers.

1245. Nous ferons remarquer, du reste, que sous l'empire de l'ordonnance de 1735, la signification au débiteur suffisait pour opérer la perfection de la

(1) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1735. Ricard, n° 965. Limoges, 28 novembre 1826 (Dalloz, 29, 2, 84). Bordeaux, 6 août 1834 (Dalloz, 35, 2, 46. Devill., 35, 2, 61); et autre de la même cour de Bordeaux, à la même date du 6 août 1834 (Dalloz, 35, 2, 33).

donation, sans qu'il fût besoin d'un état estimatif (1). La raison de cette jurisprudence se puisait dans le système même de l'ordonnance, qui n'exigeait l'état estimatif que lorsqu'il n'y avait pas de tradition réelle. Il ne serait plus possible de le décider ainsi aujourd'hui. Car la tradition réelle n'empêche pas que l'état estimatif ne soit nécessairement annexé à la donation, pour en établir la consistance.

1246. Je disais, tout à l'heure, que la notification est tout entière dans l'intérêt des tiers et des débiteurs, puisqu'à leur égard ce n'est que par la notification du transport, que le cessionnaire est saisi. Mais le donateur et ses héritiers sont liés par la donation seule accompagnée de l'état estimatif, nonobstant le défaut de notification.

Ricard, si souvent fautif, était d'avis que le défaut de notification entraîne une nullité absolue de nature à être opposée, même par le donateur (2). Mais Cochin a soutenu avec force l'autre opinion (3), qui est bien meilleure, surtout d'après la contexture de l'art. 1690 (4). Il est évident que la donation, non notifiée, ne périclite qu'à l'égard du débiteur qui aurait payé, ou des créanciers qui auraient fait saisir.

1247. Dans la plupart des cas, il arrivera même que l'estimation ne sera pas nécessaire; car le chiffre

(1) Furgole, *loc. cit.*, p. 138. Ricard, *loc. cit.*
(2) N° 965.
(3) 81e consult.
(4) Grenier, t. II, n° 174.

de la créance sera ordinairement l'indication de la valeur de la chose (1).

Bien plus, et quelle que soit l'utilité de l'état estimatif lui-même, la donation en est affranchie, lorsqu'elle a pour objet des droits et actions qui, bien que certains en eux-mêmes, dépendent, quant à leur étendue et à leur émolument, d'une liquidation ultérieure. On peut citer, pour exemple, les droits appartenant à une femme dans une communauté, non encore ouverte ni liquidée. Il n'est pas possible de déterminer d'avance ce que ces droits seront à la dissolution du mariage, les reprises et indemnités étant subordonnées à la marche de la communauté pendant le mariage, et ne pouvant être précisées que par le partage et la liquidation. C'est ce qu'a jugé la cour de Bordeaux, par arrêt du 19 juillet 1853, dans une espèce où une mère avait fait donation à sa fille de ses droits, indemnités et reprises dans sa communauté. Il a été décidé qu'exiger, en pareil cas, un état estimatif, ce serait exiger l'impossible, et qu'après tout, le partage et la liquidation, d'accord avec le contrat de mariage, étaient suffisants pour offrir toutes les garanties de fixité et de stabilité (2).

(1) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, n° 173.

(2) Cet arrêt se trouve dans la *Gazette des Tribunaux* du 1er novembre 1853. En voici le texte :

« Attendu qu'en exigeant que la donation d'effets mobiliers fût accompagnée d'un état estimatif annexé à la minute de l'acte, l'art. 948 du Code Napoléon s'est proposé un

1248. Il y a une autre réflexion à faire : c'est que la désignation des titres cédés par la date, le nom des

double objet : 1° et principalement, rendre la donation ferme et stable, en faisant constater l'espèce et la valeur des objets donnés; 2° assurer, par cette même précaution, l'exercice de tous les droits auxquels elle pourrait éventuellement donner ouverture;

» Attendu qu'en principe cette règle s'étend aux donations de meubles incorporels, comme à celles de meubles corporels ; qu'il ne suffirait pas, en effet, que le donateur déclarât donner tout ou partie de ses actions ou de ses créances, s'il n'indiquait en même temps les titres sur lesquels elles reposent, parce qu'une telle donation n'aurait rien de fixe et d'assuré ;

» Mais qu'il en est autrement, d'après la nature même des choses, lorsque la donation a pour objet des droits actuellement certains et invariables en eux-mêmes, mais dont l'étendue et l'émolument ne peuvent être déterminés qu'au moyen d'une liquidation ultérieure, comme les droits qui peuvent appartenir au donateur dans une communauté ou une succession ; qu'à l'égard des droits de cette nature, il serait, dans bien des cas, impossible de joindre à la donation l'état exigé par l'art. 948 ; mais que, d'une part, il ne dépend pas du donateur d'en diminuer l'émolument, et que, de l'autre, cet émolument sera fixé dans l'intérêt de toutes les parties par la liquidation et le partage auxquels il doit être ultérieurement procédé ; que c'est assez pour sauvegarder tous les intérêts; qu'exiger en pareil cas un état estimatif, ce serait prêter à la loi un rigorisme qui n'est pas dans son esprit, lier les mains au donateur, et gêner, sans utilité réelle, la libre disposition de ces sortes de biens : ce qui n'a pu entrer dans la pensée du législateur ;

» Attendu que l'acte du 18 février 1847 contient donation par la veuve Thibaud à la dame Bouhier, sa fille, d'abord d'une certaine quantité de meubles dont un état estimati

débiteurs, le chiffre des sommes dues, est par elle-même, quand on la trouve dans le corps de la donation, l'équivalent de l'état descriptif, et dispense, en pareille circonstance, d'une formalité qui ne ferait qu'un double emploi.

Il en est de même dans le cas suivant : Je vous donne 15 billets de banque de 1,000 francs, — ou 25 actions du chemin de fer d'Orléans. A quoi servirait l'état? L'énonciation des choses données n'en tient-elle pas pleinement lieu?

1249. Enfin, pour aller plus loin, on pourra décider, comme l'a fait la cour d'Agen (1), qu'une donation d'effets négociables, sans autre désignation, n'a pas besoin de l'état à annexer, lorsqu'il résulte

détaillé est annexé à la minute, puis de tous ses droits résultant de reprises, indemnités et récompenses sur la communauté ou contre son mari, sans qu'aucun état fasse connaître l'étendue des droits dont il s'agit; mais qu'en cè qui concerne les reprises, elles sont établies, soit par le contrat de mariage de la donatrice, soit par des actes de famille connus de toutes les parties et auxquels il est aisé de recourir; que, quant aux indemnités et récompenses, elles ne pouvaient être déterminées que par la liquidation de la communauté, mais que les unes comme les autres demeuraient immédiatement acquises à la donataire, sans qu'il dépendît de la donatrice d'en changer l'émolument, ni qu'elles pussent être dissimulées au sieur Thibaud fils, seule partie qui eût ou pût avoir intérêt à les connaître; qu'ainsi il n'était porté aucune atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations, ni aux droits éventuels que l'art. 948 a voulu protéger.

» Par ces motifs,

» La cour met l'appel au néant. »

(1) 31 mai 1837 (Dalloz, 38, 2, 228).

des circonstances que la donation porte moins sur ces effets que sur la somme d'argent dont ils sont la représentation et le moyen de recouvrement, et lorsque surtout les effets ont été transmis par la voie de l'endossement au donataire (1). Par exemple : Je vous donne 10,000 francs en effets négociables à six mois, que je passe à votre ordre, et que vous passez immédiatement à l'ordre d'un autre à titre de prêt. Évidemment, j'ai voulu vous donner surtout une somme d'argent, pour que vous puissiez la faire valoir sur-le-champ au moyen de la négociation en question. D'ailleurs l'endossement est un moyen de transmission parfaitement efficace, indépendamment de la donation, qui ne peut qu'en expliquer la vraie cause. C'est une donation sous forme de contrat onéreux (2).

1250. Les donations par contrat de mariage ne sont pas dispensées de l'état estimatif. L'art. 947 les dispense de l'observation des art. 943 à 946, mais non de l'observation de l'art. 948 (3).

1251. Il en est de même des donations entre époux (4). Vainement dirait-on qu'elles sont révocables. L'irrévocabilité de la donation n'est pas le seul motif qui ait fait introduire la nécessité de

(1) *Suprà*, nos 1057 et 1058.

(2) *Suprà*, *loc. cit.* M. Bayle-Mouillard, t. II, p. 85.

(3) *Infrà*, nos 2341 et 2444.

(4) Cassat., 16 juillet 1817. Toullier, t. V, no 917. M. Coin-Delisle, no 12. Grenier, no 459 *bis*. *Contrà*, M. Duranton, t. VIII, no 410.

l'état estimatif. Il y en a d'autres, non moins sérieux, qu'il ne faut pas oublier.

1252. Bien entendu, cependant, que ces donations ne sont sujettes à l'état annexé, qu'autant qu'elles ont trait à des meubles présents. Mais si ce sont des donations de biens présents et à venir, l'article 948 n'est pas applicable (1); car le trait dominant de ces donations est de former, *à priori*, un bloc de la fortune du disposant, pour que cette masse tombe dans la main du donataire telle qu'elle sera au décès du donateur. Ceci serait surtout évident, si la donation de tous biens présents et à venir était faite avec clause expresse que le donataire prendra les biens dans l'état où ils seront au jour du décès, et payera les dettes (2). La raison de cette exception est que, dans ces sortes de donations, on n'applique pas la règle « *donner et retenir ne vaut*, » et que l'incertitude des biens n'y est pas à considérer, parce qu'elles ont un certain caractère qui les rapproche de l'institution contractuelle (3).

1253. On a soutenu que l'art. 948 n'est pas fait pour les donations d'universalités de meubles présents (4). Cette opinion n'est pas fondée. Déjà Furgole l'avait proscrite sous l'ordonnance de 1735. « Ces paroles doivent être entendues, disait-il, soit

(1) *Infrà*, n° 2444.

(2) Riom, 5 décembre 1825 (Dalloz, 27, 2, 112). Grenier, n° 435.

(3) *Infrà*, n° 2434.

(4) M. Duranton, t. VIII, n° 412.

» que la donation contienne une universalité de » meubles, ou bien des meubles d'une certaine es- » pèce (1). » La raison est la même pour les donations de tous meubles que pour les donations de meubles particuliers. Le donateur ne pourrait-il pas détourner des meubles, et donner et retenir (2)?

Article 949.

Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit, ou de disposer au profit d'un autre, de la jouissance ou de l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés.

SOMMAIRE.

1254. La disposition de l'art. 949 n'a rien de contraire à la règle : *Donner et retenir ne vaut.*

1255. Le donateur peut retenir l'usufruit pour lui ou pour un tiers.

1256. Le donateur qui s'est réservé l'usufruit n'est pas astreint à la caution de l'art. 601.

1257. Serait-il tenu de faire dresser un état des immeubles réservés, en conformité de l'art. 600?

COMMENTAIRE.

1254. Notre article, en permettant au donateur de se réserver l'usufruit des choses données, ne viole

(1) Sur l'art. 15.

(2) MM. Coin-Delisle sur l'art. 948 ; Marcadé *sur id.* Arrêt de la cour de cassat. du 16 juillet 1817 (Devill., 5, 1, 348).

pas la règle « *donner et retenir ne vaut.* » Car le don de la propriété n'en est pas moins plein et entier, malgré cette séparation de la jouissance. La plupart des coutumes regardaient même comme une tradition feinte la réserve d'usufruit, puisque celui qui ne jouit plus qu'à titre d'usufruitier cesse d'être propriétaire (1), et que, lorsque le donateur usufruitier a cessé de vivre, l'usufruit se consolide avec la propriété.

1255. Ce n'est pas seulement pour lui que le donateur peut retenir l'usufruit. Il peut aussi le retenir pour un tiers (2).

1256. L'usufruitier est obligé, par l'art. 601 du Code Napoléon, à donner caution de jouir en bon père de famille. Mais il résulte du texte même de cet article, que cette obligation ne pèse pas sur le donateur qui s'est réservé l'usufruit; ce qui a été établi, parce qu'il est probable que celui qui s'est porté à donner, ne cherchera pas, par des actes de mauvaise foi, à détériorer l'objet donné pendant sa jouissance.

1257. Le donateur usufruitier est-il astreint à faire dresser un état des immeubles réservés avant d'entrer en jouissance? L'art. 600 dit que l'usufrui-

(1) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731, p. 133. Dumoulin sur l'art. 161 de la *Cout. de Paris*. Ferrières sur l'art. 275 de la *Cout. de Paris*, portant : « Ce n'est donner et retenir » quand l'on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à » soi l'usufruit, à vie ou à temps, ou quand il y a clause de » constitut ou précaire : et vaut telle donation. »

(2) Furgole, *loc. cit.*

tier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles, et un état des immeubles sujets à usufruit, et cet article ne porte pas d'exception pour le donateur, comme l'art. 601. Je crois donc que le donataire pourrait exiger que cet état fût dressé, à moins que le donateur ne s'en fût fait dispenser par l'acte de donation.

Article 950.

Lorsque la donation d'effets mobiliers aura été faite avec réserve d'usufruit, le donataire sera tenu, à l'expiration de l'usufruit, de prendre les effets donnés qui se trouveront en nature, dans l'état où ils seront; et il aura action contre le donateur ou ses héritiers, pour raison des objets non existants, jusqu'à concurrence de la valeur qui leur aura été donnée dans l'état estimatif.

SOMMAIRE.

1258. L'art. 950 confirme la règle écrite dans l'art. 589.
1259. Le donateur usufruitier supporte la perte des effets mobiliers dont il a été chargé par l'état estimatif;
1260. A moins qu'il ne prouve que la chose a péri par force majeure.

COMMENTAIRE.

1258. La première partie de notre article ne fait que confirmer le principe écrit dans l'art. 589 du

Code Napoléon; la détérioration des effets mobiliers, donnés avec réserve d'usufruit, ne donne pas au donataire le droit d'exiger une indemnité.

1259. Quant à la perte des effets mobiliers, elle est au compte du donateur usufruitier, qui s'en est chargé par l'état estimatif. Il doit rendre tout ce qui est porté dans cet état; sans quoi il pourrait retenir ce qu'il a donné.

1260. Il n'y a qu'une exception : c'est lorsque la chose a péri par force majeure, et que le donateur, ou ses héritiers, en administrent la preuve (1).

ARTICLE 951.

Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants.

Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul.

SOMMAIRE.

1261. Le droit de retour conventionnel n'est pas contraire à l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

1262. Différence entre le retour et la substitution.

1263. Dans l'ancienne jurisprudence, le droit de retour pouvait être stipulé au profit des héritiers du donateur.

(1) MM. Duranton, t. VIII, n° 470; Coin-Delisle, n° 1; Marcadé sur l'art. 950.

1264. On voyait dans cette stipulation, non pas une substitution fidéicommissaire, mais simplement la transmission d'un droit conditionnel aux héritiers du défunt.

1265. Malgré l'abolition des substitutions, le droit de retour conventionnel continua de subsister.

1266. Mais le Code Napoléon a considéré la stipulation de retour au profit des héritiers du donateur comme une véritable substitution, et il l'a prohibée.

1267. Si néanmoins le donateur a stipulé le droit de retour pour lui et ses héritiers, la disposition sera-t-elle nulle pour le tout, ou la clause du retour aux héritiers devra-t-elle être réputée non écrite?

1268. *Quid* si le droit de retour a été réservé par le donateur au profit d'un tiers seul, sans parler de lui, donateur?

1269. *Quid* si le donateur a stipulé le droit de retour, non pas directement et exclusivement pour un tiers, mais pour lui et pour un tiers son héritier?

1270. Le droit de retour pourrait être subordonné à toute autre condition qu'à celle du prédécès du donataire, sans constituer pour cela une contravention à l'article 951.

1271. Pourrait-on stipuler que la chose donnée fera retour au donateur, s'il relève de telle maladie dont il est atteint?

1272. De l'événement de la condition qui donne lieu au retour? — *Quid* de la mort civile?

1273. L'adoption faite par le donataire serait-elle l'équipollent de la naissance, pour empêcher l'exercice du droit de retour?

1274. *Quid* de la reconnaissance d'un enfant naturel?

1275. *Quid* si le donataire, étant mort, laisse des enfants qui décèdent eux-mêmes avant le donateur?

1276. Le droit de retour ne se présume pas.

1277. Du retour légal. — Renvoi.

1278. Transition.

COMMENTAIRE.

1261. Le Code Napoléon continue à préciser les conséquences de la règle : *donner et retenir ne vaut*, et dans l'art. 951 il décide que le droit de retour n'est pas contraire à l'irrévocabilité des donations entre-vifs. En effet, le donateur est bien obligé de préférer le donataire à soi-même; mais il n'est pas obligé de continuer son bienfait aux héritiers du donataire (1). Ici, le Code Napoléon n'a fait que se conformer aux anciens principes et à la droite raison dont ils sont l'expression : « *Si rerum tuarum » proprietatem dono dedisti, ità ut post mortem ejus » qui accepit, ad te rediret, donatio valet, cùm etiam » ad tempus certum, vel incertum, ea fieri potest, lege » scilicet quæ ei imposita est conservandâ.* » Ainsi s'expriment les empereurs Dioclétien et Maximien, dans la loi 2, C., *De donat. quæ sub modo* (2).

C'est là ce qu'on appelle *retour conventionnel* ou *réversion conventionnelle*, parce que c'est une œuvre de la volonté des parties.

1262. Le retour n'a rien de commun avec la substitution. En effet, le retour n'a lieu que lorsque la chose revient au point d'où elle était partie, et rentre dans les mains de son premier propriétaire, telle que si elle n'en était jamais sortie. Le donataire, lorsqu'il décède, n'est pas chargé de rendre à une tierce personne gratifiée en second ordre. C'est le

(1) *Suprà*, n° 34.
(2) Voy. Pothier, *Pand.*, t. III, p. 33, n° 2.

donateur qui reprend sa chose en vertu de la convention, lorsque celui qu'il avait voulu en gratifier cesse de pouvoir en profiter.

1263. Ce droit de retour inséré dans une donation constituant une clause résolutoire de la donation au profit du donateur, il semble que ce dernier puisse transmettre ce droit à ses héritiers, même sans stipulation expresse; car il le laisse dans sa succession comme ses autres droits et actions. Dès lors, on peut croire, au premier aperçu, que les héritiers *qui personam defuncti sustinent*, en sont saisis aussitôt après sa mort, par la maxime : *le mort saisit le vif*. Il semble même que le donateur ait la faculté de transmettre ce même droit de retour à ses héritiers, quand même il serait conditionnel; par exemple : Je donne à Titius ma maison Sempronia, et s'il vient à décéder sans enfants, ladite maison retournera à moi donateur. Car, si celui-ci venait à mourir avant Titius, ses successeurs pourraient exercer avec fondement le droit de retour, en soutenant que leur auteur a fait passer sur leur tête ce même droit, quoiqu'il fût soumis à une condition; il est, en effet, de principe que dans les contrats, le créancier conditionnel, décédant avant l'époque de la condition, transmet son droit à son héritier, d'après la règle : *qui paciscitur, sibi hæredique suo pacisci intelligitur*.

Ces idées, puisées à la source même du droit (1), étaient soigneusement suivies dans l'ancienne jurisprudence. On y décidait que l'exercice du droit de

(1) Pothier, *Obligat.*, n° 208.

retour avait lieu au profit des héritiers, quoique le donateur décédât avant le donataire. On considérait cette stipulation du même œil que toutes les autres, et elle ne concernait pas moins les héritiers du donateur que sa personne même (1). Partant de là, l'on conçoit aisément que le donateur pouvait valablement stipuler, dans l'ancienne législation, le droit de retour pour lui et pour ses héritiers ; s'il ne l'eût pas dit expressément, la loi l'eût dit pour lui.

1264. Dans cet ordre d'idées, on tenait même pour certain qu'il n'y avait pas d'assimilation à faire entre le droit de retour se prolongeant aux héritiers, et une véritable substitution fidéicommissaire. Car la substitution consistant dans la charge de rendre à un tiers gratifié en second ordre, il faut au moins le concours de trois personnes différentes : l'une qui donne, la seconde qui reçoit avec charge de conserver et de rendre, la troisième qui est appelée pour recueillir après celle-ci. Dans l'hypothèse qui nous occupe, rien de tout cela. Deux personnes seulement jouent un rôle dans la stipulation, et une seule est gratifiée; les héritiers ne sont point tierces personnes; ils représentent le donateur et tirent leur droit *ex ipsius personâ quam sustinent*. S'ils recueillent après la mort du donateur, ce n'est pas comme gratifiés en second ordre, c'est comme le représentant, et faisant ce qu'il aurait fait lui-même s'il eût vécu.

1265. Lorsque les substitutions furent abolies par

(1) M. Merlin, Répert., v° *Réversion*.

la loi de 1792, on ne toucha pas au droit de retour, soit légal, soit conventionnel. L'art. 74 de la loi du 17 nivôse an II le maintint dans toute son intégrité et avec tous ses effets. On ne crut pas pouvoir résister à l'empire de ce raisonnement qui avait triomphé dans l'ancien droit : le droit de retour ne peut être assimilé à une véritable substitution, lorsque le donateur exerce lui-même ce droit ; ce n'est donc pas non plus une substitution, lorsqu'il est exercé par ses héritiers, qui sont avec lui que la même personne.

1266. Mais le Code Napoléon, plus en garde contre les substitutions que les législations qui l'avaient précédé, ne s'est point arrêté à ces distinctions ni à ces principes (1). A la vérité, il a permis le droit de retour dans le cas où, le donataire prédécédant, ce serait le donateur lui-même qui l'exercerait. Car, dans ce cas, l'œil le plus hostile eût-il pu voir une substitution? Mais il l'a prohibé en faveur des héritiers, lorsque le donateur décéderait avant le donataire. Il lui a semblé que si, alors, il n'y avait pas substitution aux yeux des règles et de la loi, il y avait substitution quant aux effets ; que le donataire était dans le même cas que s'il eût été précisément chargé de conserver et de rendre ; qu'il ne pouvait aliéner les biens donnés, comme nous le verrons plus bas à l'article suivant ; qu'il était obligé de les conserver immobiles et inertes pour les donner, non pas à des héritiers de son choix, mais aux héritiers du donateur qui ve-

(1) *Suprà*, n° 162.

naient l'en dépouiller, à peu près, comme des substitués dont ils jouaient le rôle odieux; qu'il s'établissait par là un nouvel ordre de succession contraire aux successions légitimes, et présentant les mêmes inconvénients que les substitutions fidéicommissaires. C'est d'après ces idées, que frappé d'une analogie dans les résultats avec ce qu'on avait voulu défendre dans l'art. 896, notre article a limité le droit de retour au cas où le donateur l'exercerait en personne, et par conséquent où le donataire le prédécéderait. Il ne veut pas que l'héritier puisse l'exercer à sa place, et désormais le pacte de retour est une stipulation purement personnelle, qui ne passe pas à l'héritier, qui est, comme le disait le tribun Jaubert (1), incommunicable et non transmissible. Tel est le sens et l'énergie de ces mots : « Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du do- » nateur seul. »

1267. Cependant, si contrairement à cet article, un donateur venait à stipuler que la chose donnée retournerait (dans le cas de décès du donataire sans enfants) à lui donateur ou à ses héritiers, cette disposition serait-elle nulle pour le tout, ou seulement la clause de retour aux héritiers devrait-elle être réputée non écrite? Cette question est controversée. Toutefois, elle ne nous paraît pas susceptible de grandes difficultés, d'après ce que nous avons dit ci-dessus (2).

(1) Fenet, t. XII, p. 600.
(2) *Suprà*, n°s 166, 167.

Le Code a voulu, par l'art. 896, qu'une substitution, insérée dans un acte de libéralité, annulât la disposition pour le tout. C'est une rigueur particulière aux substitutions et exorbitante du droit commun, d'après lequel les conditions contraires aux lois sont, dans les actes gratuits, considérées comme non écrites. Mais de quel droit étendrait-on une peine, prononcée contre les substitutions, à ce qui n'est pas substitution? On peut, sans doute, soutenir avec avantage que le droit de retour, stipulé au profit des héritiers du donateur, approche par quelque côté des effets des substitutions; mais on ne peut soutenir, sans confondre ce qu'il y a de plus distinct et obscurcir les idées les plus claires, que le droit de retour est une substitution. Il y aura toujours entre l'un et l'autre cette différence capitale, que dans le droit de retour l'héritier se présente comme représentant le donateur et comme exerçant un droit, qui eût été forcément réversible sur lui, si une disposition de loi exceptionnelle ne l'en eût privé; tandis que le substitué n'est qu'un tiers qui exerce si peu les droits du donateur, que ce dernier, en faisant une institution et une substitution, a montré qu'il ne voulait conserver aucun de ces droits, qu'il voulait les abandonner tous. En un mot, dans le droit de retour, stipulé même au profit des héritiers, la chose donnée remonte vers sa source; dans la substitution, elle s'en éloigne; dans l'un, elle est censée rentrer dans la succession du donateur du défunt, comme si elle n'en fût jamais sortie; dans l'autre, elle passe dans un patrimoine étranger.

Qu'importe la ressemblance d'effets qu'on trouve entre le droit de retour et la substitution? Est-ce par son résultat qu'on juge d'une disposition? L'échange, par exemple, produit des effets semblables à ceux de la vente : l'un et l'autre font passer la chose échangée ou vendue dans les biens du nouveau possesseur. Mais s'avisa-t-on jamais d'étendre à l'échange ce que le droit a établi de particulier à la vente? Si le but de l'un et l'autre contrat est le même, les titres ne sont-ils pas différents?

N'appliquons donc pas au droit de retour ce qui n'a été fait que pour la substitution, surtout lorsque nous le pouvons sans blesser la loi, et ce qui est mieux, en nous conformant à ses dispositions. « *Ea » potiùs accipienda est significatio quæ vitio caret, » præsertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi » possit* (1). » L'art. 900 dit que les conditions contraires aux lois sont réputées non écrites. Si la condition de retour aux héritiers est imposée dans une donation, il faudra se borner à la retrancher sans toucher à la disposition principale. C'est une de ces conditions *quæ vitiantur et non vitiant* (2).

(1) L. 19, D., *De legib.*

(2) Cassat., 22 juin 1812 (Dalloz, 12, p. 201. Devill., 4, 1, 129). 11 frimaire an XIV (Dalloz, 12, p. 199. Devill., 2, 1, 187). 17 janvier 1809 (Dalloz, id. Devill., 3, 1, 8). 20 décembre 1825 (Dalloz, 26, 1, 92. Devill., 8, 1, 243). 3 juin 1823 (Dalloz, 12, 198. Devill., 7, 1, 257). 8 juin 1836 (Dalloz, 36, 1, 389. Devill., 36, 1, 463). Voy. aussi M. Merlin, Répert., v° *Dot*, p. 234, n° 4. *Contrà*, M. Grenier, t. I, n° 4. M. Merlin, Quest. de droit, v° *Substitution fidéic.*, § 4.

1268. Nous venons d'examiner le sort d'une disposition où le donateur aurait stipulé un droit de retour pour lui et ses héritiers. Examinons maintenant le cas où ce droit aurait été réservé pour un tiers.

Deux hypothèses peuvent se présenter : la première est celle où le donateur stipule le droit de retour au profit d'un tiers seul, héritier ou non héritier, sans parler de lui, donateur. Par exemple, moi, Louise Blayac, je donne à Antoine Royère, ma terre de la Taudine, et au cas où le donataire viendrait à mourir sans enfants, je veux que la chose donnée retourne à François Blayac, donataire universel de tous les biens de Louise Blayac, par contrat de mariage passé le même jour.

La cour de Montpellier avait vu, dans cette disposition, un droit de retour. Mais son arrêt fut cassé au rapport de M. Chabot, le 22 juin 1812 (1). La cour de cassation considéra que c'était une véritable substitution prohibée, et qu'il était impossible de n'y voir qu'un simple droit de retour ; car le retour signifie réversion à un précédent propriétaire, et ici Blayac n'avait jamais été propriétaire de la terre donnée. Louise Blayac, auteur de la donation, ne stipulait rien pour elle : dans aucun cas, ce n'était pour elle que la chose devait sortir des mains de Royère. Il est à remarquer que Royère était décédé du vivant de la donatrice, et par conséquent, il était d'autant

(1) Devill., 4, 1, 129. M. Merlin, Répert., v° *Substitution fidéic.*, p. 126. 127.

plus évident que le droit de retour n'était qu'une vaine illusion ou un vain détour, et que le décès de Royère devait, dans la pensée de la donatrice, faire passer la chose directement à un tiers, dans l'intérêt de qui Royère était chargé de conserver et de rendre. On ne conçoit pas les scrupules des arrêtistes sur une décision aussi juridique. Elle se concilie à merveille avec les arrêts rappelés au numéro précédent.

1269. Le deuxième cas a lieu lorsque le donateur stipule le droit de retour, non pas directement et exclusivement pour un tiers, mais pour lui et pour un tiers, non héritier. Ici, l'on rentre dans le cas du droit de retour véritable, sans mélange de substitution (1); c'est la condition prévue par notre article et déclarée par lui non écrite. Le donateur n'est pas seul dans la condition : c'est pourquoi, elle ne doit pas, pour le tout, produire d'effets légaux. Car le retour n'est valable, d'après le Code Napoléon, qu'autant qu'il est stipulé au profit du donateur seul. Mais il y a cette différence entre ce cas et le précédent, que, dans celui-ci, le donateur n'était pas du tout dans la stipulation de retour : ce qui fait que la clause ne constitue pas le moins du monde un droit de retour; au lieu que, dans le cas actuel, le retour est véritablement réservé : seulement, il est porté au delà de ses limites légales. Il faut l'y faire rentrer et le dégager de son exubérance. Je remarque en-

(1) Cassat., 3 juin 1825 (Devill., 7, 1, 257). M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 332.

core ici, que les arrêtistes n'ont pas bien saisi ces nuances.

1270. Maintenant, arrêtons notre pensée sur un point capital : c'est que le droit de retour dont parle notre article et qu'il autorise comme ne portant pas atteinte à la règle *donner et retenir ne vaut*, est celui qui dépend du prédécès du donataire ou de ses héritiers ; c'est cette condition du prédécès du donataire ou de ses héritiers qui est caractéristique du droit de réversion.

Que si le droit de retour était subordonné à une autre condition, ce ne serait pas pour cela une contravention à l'art. 951 et à la règle : *donner et retenir ne vaut.* Les donations peuvent être conditionnelles, comme nous l'avons vu ci-dessus plus amplement.

Ainsi, il pourrait être stipulé que la chose donnée fera retour, si tel vaisseau arrive des Indes dans six mois.

1271. Mais pourrait-on stipuler que la chose donnée fera retour au donateur, s'il relève de telle maladie dont il est atteint. M. Grenier (1) s'est prononcé énergiquement pour la négative, prétendant que c'est là une donation à cause de mort, proscrite par le système du Code Napoléon. Mais cette opinion est erronée (2). Ou le donateur a voulu faire un dépôt, se convertissant ensuite en un legs (3), et comme

(1) M. Grenier, t. I, n° 10. *Contrà*, M. Bayle-Mouillard, p. 294, 295.

(2) Dalloz, t. V, p. 486, n° 14. M. Delvincourt, t. II, p. 273.

(3) N°s 42 et 1044.

nous l'avons démontré ailleurs, cette disposition est valable.

Ou bien (ce qui est moins vraisemblable, sans être impossible) le donateur a voulu se dépouiller, transmettre la propriété, sauf à y rentrer lui-même, la condition arrivant, et pourquoi donc la condition de rétablissement du donateur serait-elle suspecte? C'est une condition casuelle, qui n'enlève à la donation aucun de ses caractères essentiels.

1272. Il faut maintenant s'occuper de l'événement de la condition qui donne lieu au retour.

Et d'abord, avant la loi du 10 juillet 1854, la mort civile du donataire devait-elle équipoller à sa mort naturelle?

Le plus grand nombre des auteurs se prononce pour le retour, assimilant ainsi la mort civile à la mort naturelle (1). Ordinairement, cependant, la mort civile n'est pas considérée comme équipollant à la mort naturelle, pour l'accomplissement des conditions. Mais ici, il y a un argument tiré de l'art. 25 du Code Napoléon, d'après lequel la succession du mort civil s'ouvre au profit de ses héritiers, de même que s'il fût mort naturellement. Or, il est évident que si la mort civile ne donnait pas ouverture au retour, il arriverait que les héritiers du donataire auraient la chose, quoique le donateur ait voulu l'avoir, si le donataire ne l'avait pas.

Dira-t-on que, d'après l'art. 1982, la mort civile

(1) M. Merlin, Répert., v° *Mort civile*, t. XVII, p. 160. M. Grenier, t. I, n° 39. M. Toullier, t. V, n° 291. — *Contrà*, M. Duranton, t. VIII, n° 490.

n'atteint pas la rente viagère? Il est vrai! Mais il n'y a pas ici d'analogie possible. En matière de rente viagère, c'est la durée de la vie et non l'affection qui décide de tout : dans notre espèce, au contraire, l'affection est une considération des plus puissantes. Le donateur préfère le donataire à lui-même; mais préfère-t-il les héritiers de ce dernier? Non! et néanmoins, en n'ayant pas égard à la mort civile, on troublerait ces degrés d'affection, qui ont été la cause impulsive de la donation.

1273. Voici une autre question.

Quand le donateur a stipulé le droit de retour dans le cas de prédécès du donataire sans enfants, l'adoption que le donataire aurait faite n'apporte pas d'obstacle au retour (1). L'adoption n'est pas l'équipollent de la naissance; car le contrat n'a entendu parler que de la filiation naturelle et non d'une filiation fictive, conventionnelle, provenant du choix du donataire. Il ne saurait dépendre du fait potestatif du donataire de faire évanouir un droit stipulé par la donation et acquis au donateur.

Cela serait vrai lors même que le donateur, en qualité d'époux, aurait consenti à l'adoption (2).

1274. Mais que devrait-on décider de la reconnaissance d'un enfant naturel? Il faut dire que la reconnaissance d'un enfant naturel, postérieure à la

(1) Cassat., 27 juin 1822 (Dalloz, 1, 311. Devill., 7, 1, 102). Grenier, *De l'adoption*, n° 37. Merlin, Quest. de droit, v° *Adoption*, § 6.

(2) Même arrêt.

donation, ne ferait pas obstacle au retour. Le fait potestatif de la reconnaissance ne saurait changer, par la volonté d'un seul, les conditions originaires du contrat. C'est une filiation naturelle et légitime que le donateur a eue en vue pour empêcher le retour, et non une filiation illégitime, qui peut-être est pour lui un sujet d'affliction (1).

Il n'en pourrait être autrement qu'autant que la reconnaissance serait antérieure à la donation, et que de plus elle aurait été connue et approuvée du donateur, de sorte que ce dernier aurait vu dans l'enfant un membre de la famille ayant droit à son affection.

1275. Quand la donation a stipulé le droit de retour dans le cas où le donataire prédécéderait sans enfants, le retour devient impossible si le donataire meurt avant le donateur en laissant des enfants, alors même que ces enfants viendraient à mourir du vivant du donateur (2).

Pour qu'il n'en fût pas ainsi, il faudrait qu'il eût été dit, dans la donation, que le prédécès du donataire et des enfants du donataire serait la condition du retour.

1276. Le droit de retour ne se suppose pas : il n'est pas de la nature de la donation; il est une exception au principe de son irrévocabilité; il doit être stipulé positivement.

On a soutenu quelquefois que le droit de retour est implicitement renfermé dans la donation en avan-

(1) Arg. d'un arrêt de cassat. du 3 juillet 1832 (Dalloz, 32, 1, 295). Toullier, t. V, n° 303. Delvincourt, t. II, p. 290.

(2) M. Grenier, t. I, n° 31.

cement d'hoirie (1). Mais cette thèse n'est pas soutenable. L'avancement d'hoirie donne lieu au rapport, mais non au retour (2).

1277. Outre le retour conventionnel prévu par notre article, il y a le retour légal établi par l'article 747 du Code Napoléon. Nous sortirions de notre sujet en lui donnant autre chose qu'une simple mention.

1278. Les effets du droit de retour sont réglés par l'article suivant. Nous allons nous en occuper.

Article 952.

L'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques.

SOMMAIRE.

1279. La condition du prédécès du donataire, à laquelle est soumis le droit de retour, est une condition résolu-

(1) Montpellier, 19 novembre 1830 (Dalloz, 31, 2, 60).

(2) Montpellier, 4 décembre 1835 (Dalloz, 37, 2, 5). Voy. la table de M. A. Dalloz, v° *Retour conventionnel*, n° 21.

toire qui produit tous les effets de ce genre de condition.

1280. Il n'y a d'exception que dans le cas où la donation ayant été faite au mari par contrat de mariage, la femme a pris hypothèque légale sur les biens du mari.

1281. Cette hypothèque, toutefois, ne s'exerce que subsidiairement sur le bien donné.

1282. La discussion, dans ce cas, ne saurait se faire aux frais du donateur.

1283. Le donateur ne pourrait se prévaloir contre la femme mariée de ce qu'elle aurait laissé opérer la purge de son hypothèque légale.

COMMENTAIRE.

1279. Les explications, que nous avons données sur l'article qui précède, ont démontré que le retour prévu par l'art. 951 est soumis à une condition, celle du prédécès du donataire. Cette condition n'est pas du nombre des conditions suspensives; elle est résolutoire. Notre article lui donne le même effet qu'à toutes les autres conditions, à savoir, d'agir rétroactivement au jour de la disposition, et de faire évanouir toutes les hypothèques, charges, aliénations que le possesseur a pu faire ou établir pendant la suspension de la condition. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Le donataire, grevé de la condition de retour, n'a eu qu'un droit limité sur la chose; donc il n'a pu la transmettre qu'avec la même charge et l'hypothéquer que sous une clause résolutoire semblable à celle qui lui était imposée (1). Il est donc

(1) *Suprà*, n° 291.

clair que lorsque la condition arrive, le donateur doit recevoir la chose aussi libre qu'il l'avait donnée (art. 1183 du Code Napoléon) (1).

1280. Un seul cas fait exception à cette règle : c'est lorsque le donateur, dans l'intention de favoriser un mariage, fait un don par contrat de mariage à un individu; on sait que, par le contrat de mariage, la femme a hypothèque légale sur les biens du mari pour la sûreté de sa dot et des conventions matrimoniales. Cette hypothèque légale est une faveur accordée aux mariages et au patrimoine des épouses. Alors la loi suppose que le donateur, en s'associant aux conventions matrimoniales par des libéralités, a voulu faire tout ce qui était possible pour les rendre plus faciles, que dès lors il préfère à lui-même l'épouse du donataire. L'art. 952 veut donc que malgré la clause, quand l'immeuble aura fait retour, l'hypothèque légale conserve son existence, même entre ses mains (2).

1281. Du reste on aperçoit, par notre texte, que cette hypothèque de la femme sur les biens donnés n'est que subsidiaire, et que le donateur n'en est tenu qu'autant que les biens de l'époux donataire ne suffisent pas.

1282. La discussion ne saurait se faire aux frais du donateur : il n'est pas obligé personnel, comme

(1) *Quid* de la prescription du tiers détenteur? Voy. mon comm. de l'art. 2257.

(2) Furgole ne partageait pas cette opinion, quest. 42 sur l'ord. de 1731, n° 57. Voy. M. Grenier, t. I, n° 35.

l'est une caution (1). La discussion préalable n'est pas pour lui un bénéfice : elle est un droit.

1283. On a soulevé ici la question de savoir si c'est à la femme à surveiller la conservation de son hypothèque sur les biens de son mari, de telle sorte que si elle en laisse opérer la purge, elle n'a plus d'action contre le donateur (argument de l'art. 2037).

Mais ceux qui, comme MM. Grenier (2), Delvincourt (3), et autres, résolvent ce point contre la femme, ne font pas attention qu'en sa qualité d'épouse, elle est hors du droit commun, qu'elle est sous la dépendance de son époux, c'est-à-dire de celui-là même avec qui le donateur a contribué à l'associer, et que cette dépendance est en partie son ouvrage; qu'il se mettrait, dès lors, en contradiction avec son propre bienfait, s'il excipait, contre la femme, d'une inaction dont elle est moins responsable envers lui qu'envers tout autre; inaction, du reste, que la loi explique par la supériorité maritale et par une sorte d'impossibilité morale qui est la base de tout le système des hypothèques légales. Après tout, le donateur a pu veiller à ce qu'inscription soit prise sur les biens du mari (art. 2194), et puisqu'il était en position de conserver l'hypothèque légale sur les biens du donataire, il n'est pas vraisemblable qu'il soit fondé à se prévaloir contre un créancier tel que la femme, de l'inaction de celle-ci (4).

(1) Art. 2033 C. Nap. MM. Duranton, t. VIII, n° 494, et Bayle-Mouillard, t. I, p. 337.

(2) T. I, n° 37, et M. Bayle-Mouillard.

(3) M. Delvincourt, t. II, notes de la page 78.

(4) M. Coin-Delisle, n° 4.

SECTION II.

DES EXCEPTIONS A LA RÈGLE DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

ARTICLE 953.

La donation entre-vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants.

SOMMAIRE.

1284. De la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions et pour cause d'ingratitude.
1285. De la révocation pour cause de survenance d'enfants.
1286. De la révocation pour fraude faite aux créanciers. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

1284. C'est pour maintenir avec fermeté la volonté des parties et la bonne foi dans les conventions, que la loi n'a pas permis qu'il pût être porté atteinte à une donation légalement consommée. Mais le législateur aurait marché contre son but, s'il eût permis que ce qu'il avait établi pour la justice servît de moyen pour favoriser la fraude, s'il eût consenti que le donataire se fît un droit de cette irrévocabilité pour oublier les devoirs de la reconnaissance aux-

quels la probité l'oblige envers son bienfaiteur, et pour se jouer des conditions qui lui auraient été imposées. La clause résolutoire, sous-entendue dans tous les contrats, pour inexécution des conditions, doit, à plus forte raison, avoir lieu dans une convention où le donataire reçoit les marques les plus incontestables de la bienveillance du donateur.

Il suit de là que le principe de l'irrévocabilité des donations doit nécessairement s'effacer dans le cas où le donataire n'exécuterait pas les conditions du pacte, et aussi dans celui où il se rendrait coupable d'une noire ingratitude. Il n'est certainement pas excessif, en pareil cas, de le priver de l'objet donné et de ce bienfait dont il s'est montré indigne.

1285. Il est un autre cas qui a frappé le législateur : c'est la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants. On a pensé qu'un homme qui n'avait pas d'enfants pouvait se porter à donner facilement; mais que le patrimoine du père étant naturellement dévolu à ceux qui sont comme la continuation de lui-même, il se serait montré moins libéral, s'il eût eu des enfants au moment de la donation. Par ce motif de piété envers les enfants, on a jugé moral d'établir que toute donation faite par un homme sans enfants, est réputée faite avec la condition résolutoire tacite de révocation, s'il vient à avoir des enfants ultérieurement.

L'article 953 formule ces trois causes de révocation, et ne fait que renouveler l'ancienne législation dont les dispositions étaient si sages sur ce point.

1286. Le Code ne parle pas ici de la révocation

pour fraude faite aux créanciers. C'est dans l'article 1167 du Code Napoléon qu'il s'en occupe. J'ai posé les principes à cet égard dans un rapport à la cour de cassation (chambre des requêtes), qui se trouve dans les recueils (1). Je me borne à y renvoyer, afin de ne pas allonger un travail déjà considérable.

Article 954.

Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même.

SOMMAIRE.

1287. Division.
1288. La résolution pour cause d'inexécution des conditions est de principe dans les contrats synallagmatiques.
1289. Il faut toutefois, dans la donation, que le donateur ou un tiers ait intérêt à l'exécution des conditions.
1290. *Quid* si le fait imposé au donataire est impossible? — Distinctions à faire.
1291. Suite.
1292. Suite.
1293. Suite.
1294. Suite.

(1) Cassat, 2 janvier 1843 (Devill., 43, 1, 115 et suiv.).

1295. La révocation de la donation n'a pas lieu de plein droit; elle doit être demandée en justice après une mise en demeure restée infructueuse.

1296. Il peut être stipulé que la seule échéance du terme suffira pour opérer la mise en demeure.

1297. S'il n'y a pas stipulation expresse, il faut une sommation.

1298. *Quid* si la chose faisant charge, et qui était possible lors du contrat, est devenue impossible par la suite? — Distinction.

1299. Par suite de la résolution, la chose donnée rentre libre entre les mains du donateur. — Renvoi quant à la restitution des fruits perçus.

1300. L'action en révocation pour cause d'inexécution peut être exercée par les héritiers du donateur.

1301. Les tiers détenteurs sont soumis à l'action en restitution.

1302. Le donateur qui a une action réelle n'a point de privilége sur la chose donnée. — Conséquence.

1303. De la prescription de l'action en résolution.—Renvoi.

COMMENTAIRE.

1287. Pour bien éclaircir les difficultés de cet article, il convient d'examiner trois points importants :

1° La nature de l'obligation dont l'inexécution peut faire résoudre la donation.

2° Quand il y a lieu à demander cette révocation.

3° Quels effets elle produit (1).

1288. D'abord, pour rappeler les principes, disons que la loi, en prononçant la résolution d'une

(1) Voy. le Code Just., *De condict. ob caus. dator.*, *De revoc. donat.*, *De donat. quæ sub modo.* Furgole, t. IV, ch. 11, sect. 1, n° 27 et suiv.

libéralité entre-vifs pour cause d'inexécution des conditions imposées au donataire, n'a rien fait de particulier pour les donations. Tous les contrats sont soumis, pour la même cause, à la même résolution. L'art. 1184 du Code Napoléon dit, en effet : « Que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera pas à son engagement (1). »

La loi finale C., *De revocand. donat.*, prononçait aussi d'une manière spéciale la révocation des donations pour inexécution des conditions imposées au donataire. Voici comme elle s'en exprime : *Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas, firmas, illibatasque manere si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ità ut quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minimè implere voluerit.* La loi 52, D., *De condict. indeb.*, porte la même décision.

1289. Mais, pour que cette résolution ait lieu, il faut que la charge imposée au donataire soit de quelque chose à quoi le donateur ou un tiers aient intérêt ; car si le mode apposé à la donation était tout entier dans l'intérêt du donataire, l'inexécution de sa part ne pourrait donner lieu à la révocation de la donation. Ce mode serait plus un conseil qu'une charge : « *Quùm quis acceperit ut in suo ædificet, con-*

(1) « *Ex causâ non secuti implementi donatio ipso jure revocata intelligitur, licèt donationi non sit inserta clausula illa vulgaris ut si conventionibus satisfactum non esset donatio resolveretur.* » (Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 12.)

» *dici ei id non potest, quia magis donare videtur* (1). »
Où serait l'intérêt du donateur à demander la résolution de la donation (2)?

1290. Lorsque le fait imposé au donataire est impossible, peut-on demander, pour cause d'inexécution, la révocation de la donation (3)?

Bartole distingue plusieurs cas : le premier a lieu lorsque le donateur donne une chose à la charge d'un fait qu'il pouvait raisonnablement ne pas savoir impossible. Tel est celui-ci, posé par le jurisconsulte Neratius et rapporté par Ulpien, dans la loi 3, § 5, D., *De condict. caus. dat. caus. non secutâ* (4) : Un certain Paris, comédien, ayant donné une somme d'argent à Domitia, fille de Néron, pour avoir sa liberté, reconnut par la suite qu'il était libre. La charge de la donation devenait donc impossible à remplir, non par une impossibilité de nature évidente pour les moins clairvoyants, comme serait l'obligation de toucher le ciel avec le doigt, mais par une impossibilité que le donateur avait pu ignorer, ne sachant s'il était libre ou esclave. Ce Paris agit en répétition de la somme donnée, et il l'obtint sans qu'on s'informât si Domitia avait su ou non qu'il n'était pas libre. D'où Bartole tire cette règle : *Quando aliquis dat ob causam impossibilem ignoranter, habet locum hæc condictio* (5).

(1) L. 13, § 2, D., *De donat. inter vir. et uxor.* Voët, XII, 4, 8.
(2) *Suprà*, n° 355. Furgole, IV, 11, 1, 28 et suiv.
(3) *Suprà*, n°s 357, 358.
(4) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 363, n° 4.
(5) *Junge* Doneau, *Comment. de jure civili*, liv. 14, cap. 23, n° 5. Voët, *Ad Pand.*, liv. 12, t. IV, n° 7.

La raison en est que le donateur ne s'est porté à donner que parce qu'il voulait avoir en retour sa liberté, dont il croyait n'être pas investi, et que, par conséquent, il croyait sa manumission possible (1).

1291. Pour se faire des idées justes sur cette question, il faut, avant tout, considérer que, dans l'espèce posée par Neratius, il s'agit bien plutôt d'un contrat innommé, *do ut facias*, que d'une donation proprement dite, et que l'art. 900, qui fait exception à un principe général, ne doit pas être étendu à des actes qui, n'étant pas positivement compris dans cette exception, sont restés sous l'empire du droit commun.

Remarquez, en outre, que le comédien Paris avait moins voulu faire une libéralité à Domitia, qu'obtenir sa propre liberté, et qu'étant libre sans le savoir, la cause du contrat était radicalement fausse; ce qui le viciait dans son essence (2).

1292. Il faudra rendre la même décision dans tous les cas où la charge est la cause de la donation, et où elle se trouve fausse à l'insu du donateur.

Par exemple, Pierre donne 10,000 fr. à François pour favoriser son mariage avec Julie, ignorant qu'il existe entre François et Julie un empêchement radical fondé sur les liens du sang. Pierre pourra se faire rendre les 10,000 fr.; *Condictio dati*, dit Voët, *non deneganda est* (3). La raison en est que le mariage de

(1) *Suprà*, nos 229 et suiv.

(2) *Suprà*, n° 230.

(3) XII, 4, 7. Doneau sur la loi 3, C., *De condict. ob caus. dat. Junge* l. 1, 5, 6, 9 de ce titre.

François avec Julie est la vraie cause de la donation, que Pierre n'aurait pas fait un don sans cette union, et que l'union venant à manquer, le don s'évanouit avec elle (1).

1293. Mais, en dehors de ces cas, je ne voudrais pas décider que la condition impossible, *ignoranter*, dût entraîner (le donataire ne pouvant l'accomplir) la résolution de la donation. Je crois, au contraire, qu'il faut maintenir l'art. 900 du Code Napoléon toutes les fois qu'il s'agira de libéralités proprement dites et qu'on ne pourra pas dire que la cause du contrat est fausse (2).

Par exemple, ayant le désir de faire quelque chose qui vous soit agréable, et sachant que vous tenez à arrondir votre propriété, je vous donne 10,000 fr. pour acheter telle pièce de terre qui vous limite. Il se trouve ensuite que cette pièce de terre vous appartient : la donation ne subsistera pas moins. J'ai voulu vous gratifier, telle a été surtout ma pensée ; puisque vous l'êtes, mon but est rempli, et je suis sans intérêt à la résolution (3).

1294. Le deuxième cas distingué par Bartole a lieu lorsque le donateur ou le stipulant impose à la donation une charge qu'il sait être impossible. Il décide que l'inexécution ne donne pas au donateur le droit de répéter la chose donnée.

Cette solution est expressément autorisée par la

(1) *Infrà*, n° 2471.
(2) *Suprà*, n°s 229, 230.
(3) Furgole, XI, 1, 28.

tion de la donation, il faut que le donataire ait été mis en demeure de satisfaire à la charge et qu'il ne l'ait pas fait (1).

1296. Le donataire peut avoir été mis en demeure dès l'instant même de la donation, s'il a été stipulé que la seule convention produirait cet effet sans qu'il fût besoin d'acte et par la seule échéance du terme (art. 1139, Code Napoléon); comme, par exemple: « Je vous donne ma maison de Senneterre, à la charge » que vous me donnerez dans trois mois votre manu- » scrit sur les guerres de la Révolution, voulant que, » par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit » besoin d'autres actes, vous soyez constitué en de- » meure. » Si, à l'échéance du terme, vous ne m'avez pas remis votre manuscrit, je serai en droit de demander la révocation de la donation, sans que le juge puisse proroger le délai.

1297. Mais n'oublions pas que l'échéance du terme seule, sans la stipulation dont nous venons de parler, ne pourrait pas mettre le donataire en demeure. Car le principe du droit romain *dies interpellat pro homine*, est abrogé par l'art. 1139 du Code Napoléon.

Ainsi, si au bout des trois mois vous ne m'aviez pas remis votre manuscrit, je serais obligé de vous faire une sommation de me le donner dans tel délai, et ce ne serait qu'autant que vous n'auriez pas purgé la demeure, que je pourrais demander la révocation de la donation.

(1) *Suprà*, n° 358. Voy. là-dessus Furgole, t. IV, ch. 11, sect. 1, n° 33.

Si donc, la mise en demeure n'a pas été stipulée par le contrat de donation, le donateur est obligé de mettre le donataire en demeure de s'acquitter. Avant cette interpellation, le donataire n'est pas astreint à faire spontanément ce qui est contenu dans l'obligation. Il n'est en retard de le faire que lorsqu'il a été judiciairement interpellé (art. 1139) (1).

Pothier pose également cette règle dans ses Pandectes (2) : *Condictioni ob rem dati tunc locus esse incipit, quum in morâ faciendi fuit is qui accepit.*

1298. Mais qu'arriverait-il, si la chose faisant charge et qui était possible lors du contrat, fût devenue impossible par la suite; par exemple : si un incendie survenu chez vous, par cas fortuit, eût brûlé votre manuscrit, pourrais-je alors faire révoquer la donation pour inexécution de la charge ?

Cette question se résout par une distinction : ou l'événement de force majeure, qui rend la chose impossible, est survenu avant votre mise en demeure, ou il est survenu après.

S'il est survenu avant votre mise en demeure, je ne pourrai pas demander la résolution de la donation; car le manuscrit était à mes risques, *res perit domino* (art. 1138 du Code Napoléon). C'est ainsi que, si je vous vends un domaine que je possède en Espagne, et que vous me payez une partie du prix,

(1) « *Mora est propriè si interpellationi debitor non obtem-* » *peravit, hoc est si non solvat ; et moram propriè creat interpel-* » *latio*, NEC VIDETUR PROPRIÈ MORAM FECISSE QUI NON INTERPEL- » LATUS EST. » (Cuj., *Quæst. Papin.*, lib. 2, *Ad leg.* 1, *De usur.*)

(2) T. I, p. 363, n° 6.

si avant ma mise en demeure, l'ennemi s'empare de ce domaine, je ne suis pas responsable de cette force majeure ; c'est à vos risques qu'elle est survenue, et je pourrai exiger de vous le résidu du prix (1).

La loi 3, § 3, D., *De condict. caus. dat. caus. non secutâ*, donne cet exemple : « Je vous donne 200 fr., » afin que vous donniez la liberté à Stichus. S'il meurt » avant que vous soyez en demeure, je ne pourrai » répéter les 200 fr. » C'est aussi dans ce sens que doit être entendue la loi 10, C., *De condict. ob caus. dat.*, que nous avons citée ailleurs (2).

Mais, si l'événement de force majeure est survenu après votre mise en demeure, c'est alors à vos risques que la chose a péri, et je pourrai demander la révocation de la donation (3). Car c'est l'effet de la demeure de mettre la chose stipulée à la charge et aux risques du débiteur (4).

1299. La résolution de la donation fait rentrer la chose dans les mains du donateur, aussi libre

(1) L. 11, D., *De evict.*

(2) N° 357.

(3) Pothier, *Oblig.*, n°s 142, 143.

(4) « *Mihi verissimum videtur casu fortuito liberationem se-* » *qui, quoties ab eo ipso debitore causa implenda, ità (id est,* » *fortuito casu) impeditur, ac periculum ante moram* CREDITORIS » *esse, quæ communis est sententia. Quo moveor tùm generali* » *regulâ rem sine culpâ debitoris peremptam solvere illum* » *obligatione, tùm claris et perspicuis legibus*, l. 5, § 1, D., *De præscript. verb.*, et l. *penult.*, C., *De condict. ob caus. dat.* (Note d'Osualdus Hilligerus *sur Doneau, Comment. de jure civili*, liv. 14, ch. 21, n°s 5, 6 et suiv.)

qu'elle en est sortie (1). La raison en est que la résolution se fait *ex causâ antiquâ et primævâ* (2), et que le droit du donataire étant résolu, ceux qui tiennent de lui se trouvent dans le même cas. Nous avons expliqué ailleurs cet effet. Nous disons que cette cause est *primæva et antiqua;* car elle est nécessairement contenue dans le contrat. Elle opère de plein droit, *ex necessitate pacti impressi in ipsâ rei traditione*, parce que la donation porte avec elle la condition sous-entendue, qu'elle ne vaut qu'autant que le donataire aura accompli la charge. D'où il suit que si la charge n'est pas exécutée, la donation se trouve résolue non *ex causâ voluntariâ*, mais *ex causâ necessariâ* (3). Or, il est de principe que la résolution qui s'opère *ex causâ necessariâ* résout les hypothèques.

Peut-on exiger la restitution des fruits perçus?

J'ai traité ce point ci-dessus, avec des développements suffisants (4).

1300. Si le donateur n'exerce pas l'action en révocation de son vivant, rien n'empêche que ses héritiers ne puissent l'exercer après lui. Il est vrai (comme nous le verrons plus tard) que l'action en révocation pour cause d'ingratitude, ne peut être exercée que par le donateur lui-même, et qu'on peut dire que le donataire qui refuse de remplir la charge de la donation, se rend coupable d'une sorte d'ingra-

(1) *Suprà*, n° 361.
(2) *Suprà*, n° 288.
(3) Loyseau, *du Déguerp*, 6, 3, 9.
(4) N° 295.

titude. Mais cette objection n'est pas soutenable : il y a une grande différence entre la révocation pour ingratitude et la révocation pour inexécution des charges. Celle-ci dépend d'une condition tacite, et se suppose toujours; celle-là, au contraire, ne se suppose pas. La révocation pour cause d'inexécution prend moins sa source dans la personne du donataire que dans l'acte lui-même. D'ailleurs, c'est une véritable *condiction*, et l'on sait que ces sortes d'actions passent aux héritiers (1).

1301. L'action en restitution s'exerce contre les tiers détenteurs (2).

1302. Mais si le donateur a une action réelle *rei persecutoria*, il n'a pas de privilége sur la chose, et le conservateur n'est pas tenu de prendre inscription d'office pour la conservation des charges, alors qu'il fait la transcription (3).

1303. Quant à la prescription de l'action en résolution, il faut voir notre commentaire de l'art. 2257.

Article 955.

La donation entre-vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants :

(1) Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 14.

(2) Voy. mon Comm. de l'*Échange*, n° 25, et mon Comm. du *Contrat de mariage*, n°s 3059 et 3061. Art. 954 C. Nap.

(3) Orléans, 26 mai 1848 (Devill., 48, 2, 615). Mon Comm. des *Hypothèques*, n° 216.

1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;

3° S'il lui refuse des aliments.

SOMMAIRE.

1304. La révocation de donation pour cause d'ingratitude existait en droit romain.

1305. De la punition de l'ingratitude au point de vue philosophique.

1306. La jurisprudence romaine n'a envisagé l'ingratitude que dans le cas d'une donation et pour en faire une cause de résolution.

1307. Le Code a précisé trois causes d'action révocatoire pour ingratitude.

1308. De l'attentat à la vie du donateur.

1309. *Quid* s'il s'agit d'un attentat commis par un mari sur sa femme en flagrant délit d'adultère?

1310. Des sévices et délits envers le donateur.

1311. Des injures graves.

1312. *Quid* si l'injure grave n'a été proférée qu'après le décès du donateur?

1313. Le délit commis par le donataire contre la propriété du donateur est-il une cause d'ingratitude?

1314. Du refus d'aliments comme cause d'ingratitude.

1315. Le donataire, du reste, n'est tenu de donner des aliments au donateur que si celui-ci n'a pas de parents en état de subvenir à ses besoins.

1316. Les violences, injures et faits délictueux dirigés contre l'époux ou les enfants du donateur, peuvent aussi motiver l'action en révocation.

1317. En ce qui touche le refus d'aliments à l'époux ou aux

enfants du donateur, la question ne saurait se présenter.

1318. Quelles donations sont sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude. — Des donations rémunératoires et des donations avec charges.

1319. *Quid* des donations mutuelles ?

1320. *Quid* des donations déguisées sous forme de contrat onéreux ?

COMMENTAIRE.

1304. La révocation pour cause d'ingratitude est un des points capitaux de notre sujet ; il est aussi un de ceux où brille au plus haut degré l'alliance de la morale et de la jurisprudence.

Le droit romain avait posé, sous les Empereurs, la base de ce point de droit. La loi 6, D., *De agnos. lib.*, enlevait aux affranchis ingrats le bienfait de la liberté (1).

Plus tard, l'ingratitude fut une cause non moins juste de révocation des donations faites par les pères à leurs enfants (2).

Successivement cette peine fut étendue aux donations faites par les mères (3) et les autres ascendants (4).

(1) En 192 ; rescrit de l'empereur Commode. *Junge* l. 1, C., *De revoc. donat.* (en 250).

(2) L. 2, C. Theod., *De revoc. donat.* Elle parle d'une loi plus ancienne, que Jacques Godefroy attribue à Dioclétien, Maximien, Galérien et Constance.

(3) Voy. le même titre et la loi 7, C. Just., *De revoc. donat.*

(4) L. 6, C. Theod., *loc. cit.* L. 9, C. Just., *loc. cit.*, et l. *unic.*, C., *De ingratis liberis.*

Il était réservé à Justinien d'accorder aux donateurs étrangers, le droit de faire révoquer la donation pour cause d'ingratitude. C'est ce qu'il fit en 530, par la fameuse loi *Generaliter*, qui est la dernière au Code *De revocandis donat.*

Cette loi importante fixe au nombre de cinq les cas d'ingratitude caractérisés. Voici ses expressions : » *Ità ut injurias atroces in eum effundat, vel manus* » *impias inferat, vel jacturæ molem ex insidiis suis in-* » *gerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris* » *imponat; vel vitæ periculum aliquod ei intulerit,* » *vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi* » *impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis* » *acceptor spopondit, minimè implere voluerit.* »

1305. C'est cependant une question agitée par les philosophes que de savoir si l'ingratitude doit être punie autrement que par la haine des honnêtes gens. L'appréciation de l'ingratitude paraît si difficile à Sénèque et si incertaine, qu'il aime mieux la laisser justiciable de l'opinion que de la loi. « *Sed* » *quùm difficilis esset incertæ rei æstimatio, tantùm,* » *odio damnavimus et inter ea reliquimus, quæ ad ju-* » *dices deos mittimus* (1). » Et puis, le principal mérite du bienfait ne serait-il pas détruit si, comme un prêt ou un contrat de louage, il donnait lieu à une action (2)? La reconnaissance ne cesserait-elle pas d'être la chose la plus honnête du monde, si elle était forcée? Quel honneur y aurait-il à être re-

(1) *De benef.*, 3, 6.
(2) N° 7.

connaissant, si l'on ne pouvait, en toute sûreté, se montrer ingrat? D'ailleurs, tous les tribunaux seraient à peine suffisants pour l'exécution de cette loi qui soumettrait l'ingrat à une action. Chacun exagère ses propres bienfaits ou les services qu'il a rendus.

Je ne suivrai pas Sénèque dans ses développements ingénieux. Mais j'ai hâte de dire que, quand on se pénètre bien de la pensée de ce philosophe, on voit clairement que son point de vue diffère beaucoup de celui où nous placent les lois impériales dont nous venons de parler. Ce qui le préoccupe, c'est l'établissement d'une action pénale pour châtier le délit d'ingratitude. Là, il aperçoit des inconvénients sans nombre résultant d'appréciations trompeuses, de nuances délicates, du degré de mérite des services, etc. Tout ce qu'il dit est d'un observateur profond qui joint la finesse à la profondeur, et le jurisconsulte ne peut qu'applaudir, ici, aux doctrines du philosophe; car en tenant compte de l'imperfection des hommes, et de l'impossibilité de rendre les lois du monde aussi sévères que celles de la conscience, on est forcé de dire, après avoir humainement apprécié les choses humaines, que l'ingrat ne saurait être puni dans la société, pas plus que l'impie, le méchant, l'avare, le cruel, l'emporté, si l'on peut regarder comme impuni celui qui est abhorré(1). Ce serait donc aller trop loin que d'imiter la loi des Mèdes, qui avait établi l'action pénale

(1) *Loc. cit.*, 17.

contre l'ingrat (1). Suivant Valère-Maxime (2) cette loi existait aussi à Athènes. Mais rien ne prouve mieux que ce fait l'inutilité des lois civiles qui courent après la perfection dans les rapports des hommes. Athènes est précisément la ville où l'ingratitude donna le plus de scandales, où les services publics furent le plus outrageusement méconnus, à ce point que Valère-Maxime lui-même, récapitulant tous les exemples mémorables de l'oubli des bienfaits donnés par cette ville étourdie, termine son chapitre sur les ingrats (3) en s'écriant : « Que toutes » les langues de la postérité se sont déliées pour re- » procher sans ménagement aux Athéniens leur » noire ingratitude (4). »

1306. Nous convenons donc avec Sénèque, que l'action pénale contre les ingrats ne saurait être établie sans le grand danger d'aller trop loin.

Mais le point précis envisagé par les lois romaines est bien différent : elles restent étrangères à toute action pénale ; elles ne veulent exercer ni censure, ni châtiment, ni office de morale abstraite. Elles ne se préoccupent pas de l'ingratitude envers celui qui a rendu un de ces services plus ou moins importants, qui sont l'accomplissement d'un devoir d'humanité, et qui donnent tant de prix au commerce des hommes, mais que la loi ne définit pas. Elles n'envisa-

(1) Id., n° 6. Voy. là-dessus d'Olive, 3, 5.

(2) 5, 3, 3, *In quâ urbe adversùs ingratos actio constituta est.*

(3) *De ingratis*, 5, 3.

(4) 5, 3, 3.

gent que le cas précis, limité, tout spécial, d'une donation par laquelle le donateur s'est dessaisi de son bien au profit du donataire ; et, dans cette hypothèse exceptionnelle, elles veulent que l'ingratitude soit une cause de résolution de la donation. Tout cela est excellent, moral, philosophique et juridique (1).

1307. L'ancienne jurisprudence s'y était conformée (2) ; le Code Napoléon a suivi la même voie ; l'ingratitude ne pouvait le trouver moins sévère que le droit romain et l'ancien droit ; mais il a précisé avec plus d'exactitude les causes qui peuvent donner lieu à une action.

Elles sont au nombre de trois :

1° Attentat à la vie du donateur ;

2° Sévices, délits, injures graves ;

3° Refus d'aliments.

Elles peuvent se prouver par la preuve testimoniale : la loi romaine recommande au juge de ne s'arrêter qu'à une preuve claire et parfaitement concluante (3). C'est une règle générale applicable dans toutes les actions, mais surtout dans les actions pénales et révocatoires.

1308. L'attentat à la vie est un acte dont l'odieux porte en lui-même son explication. Cependant, il y a quelques cas sur lesquels il est bon de s'entendre.

(1) Voët, lib. 39, t. V, n° 23. Vinnius, *Quæst. select.*, 2, 32.

(2) Furgole, *Test.*, ch. 11, sect. 1, n°s 49 et suiv. Ferrières *sur Paris*, tit. *Des donations*, t. III, p. 1105. Ricard, *Des donations*, part. 3, n°s 696, 728.

(3) L. ult., C., *De revoc. donat.*

L'homicide du donateur, dans le cas de légitime défense du donataire, n'est pas un cas d'ingratitude et de révocation. La légitime défense est permise : « *Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam » corporis fecerit, jure fecisse existimetur* (1). » La loi dernière au Code, *De revoc. donat.*, se servait d'une expression énergique qui résume toute la pensée du législateur sur ce point. Elle voulait que le donataire eût porté sur le donateur des mains impies : *Manus impias inferat.* Celui qui ne fait que défendre sa vie, *cum moderamine inculpatæ tutelæ*, n'est pas cet impie qui mérite d'être châtié (2).

1309. Que dirons-nous du mari qui tue sa femme surprise en adultère ?

Si, d'un côté, l'art. 324 du Code pénal déclare un tel meurtre excusable, de l'autre, l'art. 326 lui applique une peine ; il ne le met pas dans le cas de légitime défense. Il lui laisse un caractère délictueux, c'est-à-dire un caractère violent et excessif. C'est pourquoi, je trouve que c'est avec raison que M. Merlin enseigne, qu'en pareil cas, le mari perd son droit aux gains nuptiaux (3).

1310. Le deuxième cas prévu par notre article est celui où le donataire s'est rendu coupable envers le donateur de sévices, délits, injures graves.

Les sévices s'adressent à la personne ; les délits

(1) L. 3, D., *De just. et jure.*

(2) Coquille *sur Nivernais*, *Des fiefs*, art. 66. Furgole, XI, 1, 79.

(3) Répert., v° *Gains nuptiaux*, 189.

peuvent s'adresser, soit à la personne, soit à la propriété du donateur (1).

1311. Quant aux injures, elles sont une attaque contre l'honneur, la considération, la dignité; elles affectent le moral de l'homme. La loi exige qu'elles aient un caractère de gravité. Pour juger ce caractère, on consultera les circonstances, la qualité des personnes, l'éducation. Une injure peut avoir été provoquée par un procédé violent; elle peut émaner d'un homme naturellement grossier, qui calcule peu la valeur des mots, et qui s'adresse à un homme aussi rude que lui et ayant de plus le tort de l'agression (2). En pareil cas, l'injure perd de sa gravité; elle n'est pas cette injure atroce (comme disaient les anciens) (3), qui annonce l'ingratitude. Elle n'est que l'effet d'un premier mouvement, d'un écart irréfléchi, d'une habitude de mauvaise éducation.

1312. Si l'injure grave n'a été proférée qu'après le décès du donateur, est-elle de nature à être prise en considération? L'art. 1047 (4) offre, à cet égard, un argument spécieux, et l'on trouve dans l'ancienne jurisprudence des autorités qui le confirment (5). Cependant, je crois, qu'en général, la loi ferme les

(1) Paris, 29 mars 1806 (Devill., 2, 2, 129). Nîmes, 28 avril 1813 (Palais, t. XI, 329). Cassat., 24 décembre 1827 (Dalloz, 28, 1, 72; 17 juin 1833 (Dalloz, 33, 2, 192).

(2) Toulouse, 29 avril 1825 (Dalloz, 25, 2, 220).

(3) Justinien, l. ult., C., *De revoc. donat.* Ricard, p. 3, n° 692. Furgole, XI, 1, 71.

(4) *Infrà*, n° 2192.

(5) Pothier, *Donations entre vifs*, sect. 3, art. 3, § 2 *in fine*.

yeux sur de tels écarts. L'art. 957 du Code Napoléon, en concentrant dans la volonté du donateur le principe de l'action, en laissant à son indulgence et à sa générosité la décision à prendre sur le mauvais procédé du donataire, me paraît, par là même, jeter un voile sur tout ce qui se passe quand il n'est plus là. Les querelles d'héritier à donataire ne sont que trop fréquentes et trop passionnées. Où en serait-on, si on y ajoutait les procès d'ingratitude, si les héritiers étaient admis à rechercher des injures tardives, à susciter des accusations fondées sur des faits posthumes? Que de débats fâcheux! Que d'inimitiés ou de rancunes! Les héritiers n'ont pas, là-dessus, la discrétion du donateur : ils pourraient voir une cause de poursuite, là où le donateur aurait cru devoir garder le silence (1) ; et tandis que le Code Napoléon n'a pas maintenu les peines de l'ancien droit contre la femme qui malverse dans l'année du deuil (2), on oublierait, ici, cette règle (3), pour se montrer plus sévère dans des cas moins graves.

1313. Nous avons dit que le délit contre la propriété du donateur pouvait être un cas d'ingratitude. Revenons là-dessus par une explication.

On conçoit que le délit contre la propriété du donateur constitue un tort plus blâmable de la part de celui que le donateur a gratifié que de la part de

(1) Furgole, XI, 1, 70, donne d'assez mauvaises raisons.
(2) Bretonnier *sur Henrys*, t. II, p. 482. *Infrà*, n° 2200.
(3) Mon Comm. du *Contrat de mariage*, t. III, n° 1716. *Infrà*, n° 2200.

tout autre. Mais, pourrait-on s'attacher à des torts quelconques, ou bien faudrait-il exiger, avec la loi romaine, que le dommage causé fût considérable : *Jacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat* (1)? Un arrêt de la cour de Paris a jugé que des soustractions sans importance, commises par un domestique au préjudice de sa maîtresse, qui lui avait fait une donation de 15,000 fr., ne constituent pas le cas d'ingratitude (2).

Je crois, cependant, que tout dépend des circonstances, et qu'il faut surtout avoir égard à l'intention, au manque de reconnaissance, à la méchanceté du procédé, plutôt qu'à la quotité du dommage. L'art. 955 n'a pas parlé de cette quotité. Il laisse donc à la conscience du juge le soin d'arbitrer le fait dans son ensemble ; le juge saura le caractériser, en ayant égard à tout ce qui en marque la physionomie. Supposons que le donataire aille couper, par malignité, de jeunes arbres que le donateur aura plantés sur sa propriété. Croit-on que, bien que cette propriété soit considérable et que la valeur des jeunes arbres ne le soit pas, un tel fait ne serait pas une ingratitude assez caractérisée pour autoriser l'action en révocation?

D'un autre côté, est-ce qu'il n'y a pas des cas où le vol, de la part du donataire, est un signe manifeste

(1) L. ult., C., *De revoc. donat.* Furgole, XI, 1, 82.

(2) Paris, 17 janvier 1833 (Dalloz, 33, 2, 192. Devill., 33, 2, 135. Palais, t. XXV, p. 55). Voy. une espèce semblable avec décision contraire, Rennes, 22 janvier 1829 (Palais, t. XXIV, p. 147).

de la plus coupable ingratitude, alors même que ce vol ne change pas d'une manière sensible l'état de fortune du donateur (1)?

1314. Le troisième cas prévu par notre article est le refus d'aliments fait par le donataire au donateur. L'ancienne jurisprudence avait reconnu ce cas d'ingratitude malgré le silence de la loi romaine (2). En effet, il n'y a pas de plus noire ingratitude que de refuser des aliments au bienfaiteur qui en a besoin à cause de son indigence. C'est un manquement à un devoir naturel de premier ordre.

1315. Toutefois le donataire n'est tenu de cette obligation que lorsque le donateur n'a pas de parents de la classe de ceux auxquels la loi fait une obligation précise de venir à son secours en cas d'indigence, ou bien lorsque ces parents sont eux-mêmes dans l'impossibilité d'accomplir ce devoir (3).

1316. Dans tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, nous avons supposé que les violences, les injures, les faits délictueux, émanés du donataire, s'adressaient directement au donateur. Il faut prévoir le cas où ils sont dirigés contre l'épouse ou les enfants du donateur.

Je ne fais pas de doute qu'en pareille circonstance, l'ingratitude ne soit assez caractérisée, pour motiver

(1) Exemple : Rennes, 22 janvier 1829 (Palais, t. XXIV, p. 147).

(2) Furgole en doutait, *Test.*, XI, 1, 67 ; mais Pothier n'y voyait pas de difficulté, *Donat.*, sect. 3, art. 3, § 1 *in fine*.

(3) Zachariæ, t. V, p. 352. *Contrà*, M. Duranton, t. VIII, n° 558.

l'action en révocation. Quel tort plus grave peut-on faire au donateur que d'injurier sa femme et ses enfants? Quel chagrin plus mortel peut-on lui occasionner que d'exercer des sévices sur ces personnes qu'il aime comme lui-même (1)? « *Patitur quis injuriam* » *non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos,* » *quos in potestate habet: item per uxorem suam* (2). » C'est ce qu'enseignait Pothier dans l'ancien droit (3); il en doit être de même aujourd'hui. L'art. 955 voit un cas d'ingratitude dans le délit commis contre la propriété du donateur: et il serait indifférent à un délit commis sur la personne de sa femme ou de ses enfants!

1317. En ce qui touche le refus d'aliments, la question ne saurait se présenter: car, ou le donateur est *in bonis*, et c'est à lui à pourvoir à l'entretien de sa famille; ou il est tombé dans l'indigence, et c'est à lui que le donataire doit des aliments; aliments qui seront arbitrés eu égard aux besoins que lui impose sa famille; ou enfin le donateur est mort, et le refus d'aliments, postérieur à son décès, n'est pas un cas dont la loi ait voulu s'occuper (4).

1318. Voyons maintenant quelles donations sont sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

Toutes les donations qui sont de pures libéralités y sont sujettes, quoiqu'elles aient été faites avec certaines charges. L'art. 955 est général: il pose une

(1) Delvincourt, t. II, p. 284.
(2) Justin., *Instit.*, *De injuriis*, § 2.
(3) *Donat.*, sect. 3, art. 3, § 2.
(4) *Suprà*, n° 1312.

règle sans exception, autre que celle qu'il a prévue expressément dans l'art. 959 (1).

On n'excepte pas même les donations rémunératoires (2), parce qu'inspirées par des services rendus, elles n'en sont pas moins des libéralités faites *nullo jure cogente*.

Seulement, la révocation étant prononcée, il est juste de faire raison aux donataires des services rendus, en les appréciant avec générosité (3).

Il en est de même de la donation faite avec charges. Il est équitable de tenir compte des charges acquittées, nul ne devant s'enrichir par son propre bienfait.

1319. La question est plus délicate à l'égard des donations mutuelles (4). Sans doute, on ne saurait nier que les donations de cette espèce ne soient révocables pour cause d'ingratitude. Mais on n'est pas d'accord sur le point de savoir si la révocation d'une des donations n'entraîne pas la chute de l'autre. Plusieurs auteurs ont pensé que le donateur révoquant est en droit de garder la libéralité (5); d'au-

(1) Pothier *sur Orléans*, *Introd.*, t. XV, n° 144.

(2) Cassat., 17 août 1831 (Dalloz, 31, 1, 311. Palais, t. XXIV, p. 147). Paris, 29 mars 1806 (Palais, t. V, p. 258). Pothier, *Donat.*, sect. 3, art. 3, § 3. Grenier, n° 218. *Contrà*, Toullier, t. V, n° 328. Bruxelles, 30 juin 1815 (Palais, t. XII, p. 785).

(3) Rennes, 25 février 1829 (Palais, t. XXIV, 147).

(4) L'art. 960 du C. Nap. parle formellement de ces donations. *Infrà*, n° 1392 et suiv.

(5) Toullier. 5, n° 829. M. Duranton, 8, n° 565. M. Bayle-Mouillard, t. II, p. 203.

tres enseignent qu'il doit s'en dessaisir à cause de la réciprocité (1).

Ce qui met une différence entre cette question et la précédente, c'est que, dans l'hypothèse de la première, les charges et les services sont liés étroitement à la donation comme condition ou cause; tandis qu'ici les deux donations sont moins dépendantes l'une de l'autre (2). Elles ont pour principe, moins de chercher un équivalent, que de faire une libéralité; elles sont mutuelles à la vérité. Elles ont entre elles le lien de la réciprocité; mais l'affection, plus que la spéculation, en est la báse; de sorte qu'il est possible de concevoir leur séparation, alors que c'est par son propre fait que l'un des donateurs voit s'évanouir celle qui lui était destinée.

L'art. 300 du Code Napoléon me paraît fournir un argument victorieux en faveur du droit du révoquant de conserver la libéralité qui lui a été faite mutuellement. Quelle serait d'ailleurs la peine de l'ingrat? Perdant d'un côté la donation à lui faite, il retrouverait de l'autre celle qui émane de lui.

Dira-t-on que le donateur qui demande la révocation, montre de son côté de l'ingratitude, puisqu'il intente une action injurieuse contre celui qui s'est, dans d'autres temps, montré généreux envers lui. Mais je réponds à cette observation par la règle: *Nemo damnum dat qui jure suo utitur*. Autant vaudrait

(1) Furgole, XI, 1, 105. M. Coin-Delisle, art. 953, n° 13.

(2) Voy. mon rapport à la cour de cassation (Devill., 43, 1, 118).

dire que la donation mutuelle n'est pas sujette à révocation. Ce serait plus logique (1).

1320. Une donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux peut-elle être révoquée pour cause d'ingratitude? J'ai entendu agiter cette question; mais j'ai toujours été tenté d'y répondre par ces mots du jurisconsulte Celsus : « *Aut non intelligo quid* » *sit de quo me consuleris, aut valdè stulta est consul-* » *tatio tua* (2). » Qu'importe, en effet, que cette donation ait l'écorce d'une vente, ou autre contrat onéreux. Elle n'en est pas moins une donation, à la forme près. Ce serait une mauvaise raison de dire que le donateur doit être puni de la fraude qu'il a faite à la loi en ne se conformant pas à ce qu'elle prescrit pour la forme des donations, et en prenant un moyen détourné. Car si le donataire était personne capable de recevoir, il n'y aurait aucune présomption de fraude admissible, puisque les parties pouvaient faire ouvertement ce qu'elles ont fait d'une manière moins solennelle.

ARTICLE 956.

La révocation pour cause d'inexécution des conditions, et pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit.

(1) *Infrà*, n° 1393.
(2) L. 27, D., *Qui test. facer.*

SOMMAIRE.

1321. La révocation pour cause d'inexécution ou d'ingratitude doit être l'objet d'une demande en justice.
1322. Du délai que le juge peut accorder au donataire. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

1321. La révocation pour ingratitude n'a pas lieu de plein droit (1); en cela, elle ressemble à la révocation de la donation pour inexécution des charges y attachées (2). Il y faut donc le fait et la volonté de l'homme. L'inexécution, l'ingratitude ne sont pas de ces événements qui puissent produire effet en vertu de la loi seule, par la seule force du droit (3). Ce triste cas, surtout, n'a pu être prévu lors de la donation; la seule idée de ce délit eût étouffé tout sentiment de bienfaisance dans le donateur. Il est donc nécessaire qu'une demande soit formée par le donateur, témoignant son repentir de la donation, et réclamant la restitution de ce qu'il a donné (4). Nous verrons tout à l'heure le délai dans lequel l'instance doit être intentée (5) pour l'ingratitude.

1322. Lorsque le juge est saisi d'une demande en révocation pour inexécution des conditions et

(1) Doneau, comm. 14, 28, 1. *Suprà*, n° 294.
(2) *Suprà*, n° 1295.
(3) Doneau, *ibid.*
(4) Id.
(5) Art. suiv.

charges, il peut accorder un délai raisonnable (1). Nous nous sommes expliqués sur ce point au numéro 1295.

ARTICLE 957.

La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur.

Cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit.

SOMMAIRE.

1323. De l'espace de temps dans lequel doit être intentée l'action en révocation pour cause d'ingratitude.
1324. De quelle époque le délai commence à courir.
1325. La remise de l'action est encore un moyen d'éteindre l'action en revendication.
1326. Observation de Furgole sur des circonstances considérées comme preuve de réconciliation.

(1) Bordeaux, 7 décembre 1829 (Dalloz, 30, 2, 117). Cassat., 14 mai 1838 (Dalloz, 38, 1, 280. Devill., 38, 1, 849). Bourges, 10 février 1843 (Devill., 44, 2, 27. Dalloz, 44, 2, 42). *Suprà*, n° 1295.

1327. L'exécution de la donation entraîne aussi renonciation à l'action.

1328. L'action en révocation pour ingratitude n'appartient qu'au donateur contre le donataire; elle ne passe ni à l'héritier, ni contre l'héritier.

1329. Exception en faveur des héritiers du donateur, lorsque celui-ci meurt avant l'expiration du délai de prescription, ou après avoir commencé les premières poursuites.

1330. Dans le premier cas, les héritiers du donateur ont le reste de l'année pour exercer leur action.

1331. Ce droit des héritiers est surtout évident quand le décès du donateur est le fait du donataire.

1332. Le temps de l'action ne court, pour les héritiers comme pour le donateur, qu'à compter du jour où le fait d'ingratitude a pu être connu.

1333. Ainsi, par exemple, dans le cas où le donateur a perdu la vie par le crime du donataire.

1334. En pareil cas, l'action civile des héritiers est suspendue pendant le cours de l'action publique.

1335. Le mari étant mort dans l'année de l'adultère de sa femme sans l'avoir dénoncée, les héritiers pourront-ils se prévaloir de ce fait d'adultère comme d'une injure grave devant entraîner la révocation de la donation?

1336. *Quid* de l'adultère du mari, dans le cas de l'art. 339 du Code pénal?

1337. Arrêt dans l'affaire Paris.

1338. *Quid* si le donateur est décédé après avoir intenté, non pas l'action en révocation, mais une action qui la contient implicitement?

1339. Arrêt de la cour de Toulouse qui se prononce contre les héritiers.

1340. Critique de cet arrêt.

1341. Autres arrêts des cours de Paris et de Rouen.

1342. Examen de ces arrêts.

1343. Le délai d'un an ne court pas entre époux pendant le mariage. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

1323. L'action en révocation pour cause d'ingratitude a un caractère pénal, puisqu'elle aboutit à une vindicte contre l'homme qui s'est rendu coupable d'un méfait (1). Il est, par conséquent, dans sa nature qu'elle soit intentée dans un temps assez court, de même que l'action pour lésion et autres procédant de causes analogues ; car les sujets d'inimitié doivent être promptement vidés, et, la société souffrirait si la poursuite des délits ou quasi-délits se faisait trop attendre.

Notre article déclare donc quel est l'espace de temps dans lequel l'action en révocation doit être intentée pour cause d'ingratitude ; c'est un an.

Ce point avait fait matière à difficulté dans l'ancienne législation. Furgole a exposé les opinions très-diverses qui s'étaient produites à cet égard (2). Quant à lui, il pensait avec Dumoulin (3), que l'action d'ingratitude était soumise à la règle des prescriptions ordinaires et qu'elle ne pouvait s'éteindre que par un silence de trente ans.

Tel n'est pas le système du Code. Il a décidé que l'action en révocation pour ingratitude est prescriptible par un an ; présumant que ce laps de temps

(1) Furgole, XI, 1, n° 141.
(2) Furgole, *loc. cit.*, n°s 172 et suiv.
(3) *Sur Paris*, § 43, glose 1, n° 51.

suffit pour faire preuve que le donateur a renoncé à l'action et fait remise de l'injure.

1324. Ce temps court à compter du jour du délit ou du jour où le délit a pu être connu du donateur. L'action doit être intentée dans cette année.

1325. Ici, remarquons en passant que la prescription n'est pas la seule cause qui élève une fin de non-recevoir contre l'action en ingratitude.

Tous les jurisconsultes antérieurs au Code sont d'avis que la remise formelle ou tacite de l'action est un obstacle insurmontable (1). Cette décision, fondée sur le principe qu'il est permis de renoncer à un droit introduit en sa faveur, doit être suivie sous le Code Napoléon (2).

1326. Furgole a émis à ce propos une observation bizarre. Les circonstances suivantes, *Salutatio, osculatio, lusus et comessatio,* que les auteurs considèrent ordinairement comme preuve de renonciation, ne lui suffisent pas; suivant lui, il y a ici deux choses: l'injure et l'action; or, on peut pardonner l'injure par charité chrétienne, sans pour cela renoncer à l'action de dédommagement de l'injure. La renonciation n'est donc pas une suite nécessaire de ces faits.

Ceci n'est pas soutenable. La renonciation, en éteignant l'injure, éteint aussi l'action qui en est la suite (3).

(1) Furgole, XI, 1, nos 169, 170.

(2) M. Duranton, t. VIII, n° 561. Arg. des art. 272 et 306 C. Nap.

(3) Pothier, *Donat.*, sect. 3, art. 3, § 5.

1327. L'exécution de la donation par le donateur entraîne aussi renonciation à l'action et couvre les faits d'ingratitude antérieurs (1).

1328. Examinons maintenant à quelles personnes appartient l'action en révocation pour ingratitude.

Le Code a là-dessus des dispositions très-sages, presque toutes empruntées à l'ancien droit (2). Il ne veut pas que le donateur qui a gardé le silence pendant la vie du coupable, puisse actionner ses héritiers moins coupables que lui. Dans ce cas, il présume de plein droit une renonciation à l'action.

Il ne veut pas non plus que les héritiers du donateur puissent intenter de leur chef une action dont leur auteur, beaucoup plus intéressé qu'eux, n'avait pas cru devoir user. Le donateur a pu être dominé par un sentiment de faveur et d'intérêt que l'ingratitude du donataire n'a pas éteint. La loi s'en rapporte à sa générosité, et elle n'abandonne pas à l'âpreté des héritiers la décision des questions personnelles dans lesquelles l'indulgence de l'offensé est la première loi (3).

Ainsi l'action en révocation pour ingratitude n'appartient qu'au donateur contre le donataire ; elle ne passe ni à l'héritier, ni contre l'héritier (4). Elle est *personnalissime*, comme dit Fontanella (5). Bien

(1) Cassat., 4 janvier 1842 (Devill., 42, 1, 244).

(2) L. 1 et 7, C., *De revoc. donat.* Furgole, XI, 1, 143.

(3) *Suprà*, n° 1312.

(4) Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 14. Voët, *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n° 23. Doneau, comm. 14, 29, 1, 2, 3 et suiv.

(5) *De pact. nupt.*, VII, 2, 10, 45.

entendu, cependant, que lorsqu'elle a été intentée duement contre le donataire et que celui-ci décède pendant l'instance, l'action se continue contre ses héritiers (1). *Actiones semel inclusæ judicio non pereunt.*

1329. Il n'y a que deux exceptions à la règle de la non-transmission de l'action. La première, lorsque le donateur meurt avant la fin de l'année de la prescription. Alors ses héritiers succèdent à son droit qui est passé dans sa succession. La deuxième, lorsqu'il meurt après avoir commencé les premières poursuites ; car il est clair que l'action étant dès ce moment liée, passe aux héritiers (2).

1330. La première exception demande, de notre part, quelques explications.

L'année du délit appartient au donateur pour prendre sa résolution. S'il décède avant la fin de cette année, on ne peut pas dire d'une manière certaine que, dans sa pensée, l'offense a été remise ; car lorsque la mort l'a surpris, il était encore à temps de faire usage de la rigueur de la loi. Le décès étant donc arrivé lorsque les choses étaient encore entières, le législateur a pensé qu'il était juste de faire passer aux héritiers l'action que le défunt aurait pu exercer. Le donataire ingrat ne doit pas profiter d'un événement de force majeure qui n'a aucune signification libératoire (3). L'action n'était pas éteinte à

(1) Brillon, v° *Adultère*, n° 37.

(2) Furgole, XI, 1, 144. Fontanella, *loc. cit.*

(3) Ferrières sur la quest. 214 de *Guy Pape. Contrà*, Furgole, XI, 1, 148.

l'instant du décès. Les héritiers peuvent donc raisonnablement l'intenter comme aurait pu le faire le défunt. Ils ont pour cela le reste de l'année (1).

1331. Ce droit des héritiers devient bien plus évident encore quand c'est par le fait même du donataire que le décès du donateur a eu lieu. Supposons que le donataire assassine le donateur. Qui poursuivrait la vengeance de ce délit, si la loi n'en chargeait les héritiers?

1332. Il y a plus, et comme les héritiers peuvent ignorer le fait d'ingratitude, la jurisprudence a décidé que le temps de cette action à eux accordée par le paragraphe final de l'article 957, ne doit courir qu'à partir du jour où il aurait couru pour le défunt lui-même, c'est-à-dire à compter du jour où le délit a pu être connu (2).

Supposons que, pendant la dernière maladie du donateur, un serviteur, à qui il avait fait une donation, se rende coupable de soustractions frauduleuses à son préjudice; le donateur décède quelque temps après, sans avoir exercé son action, soit parce qu'il ne l'a pas pu, soit parce qu'il n'a pas connu les faits. Ses héritiers, venant à les découvrir, ont le même droit que lui, et leur action est recevable pendant l'année, à partir de la connaissance du délit.

(1) Décision du tribunal de Savenay, confirmée par arrêt de Colmar du 7 janvier 1833 (Dalloz, 31, 1, 204. Palais, t. XXIII, p. 1691).

(2) Cassat., 24 décembre 1827 (Palais, t. XXI, p. 985. Devill., 8, 1, 732). 17 août 1831 (Palais, t. XXIV, p. 147. Devill., 31, 1, 317).

1333. Nous disons la même chose du crime commis par le donataire, et qui aurait privé de la vie le donateur. Les héritiers peuvent ignorer que le donataire s'en soit rendu coupable. L'année ne commence donc à courir que du jour où ils ont acquis la connaissance du forfait.

1334. Mais, en pareil cas, leur suffit-il de porter plainte régulière en justice pour interrompre la prescription d'un an, sauf à eux à attendre l'issue du procès criminel pour demander la révocation? Ou bien faut-il qu'ils intentent l'action en révocation, sauf à la laisser suspendue, jusqu'à la fin de la procédure devant le juge criminel? Cette question est tranchée par l'article 3 du Code d'instruction criminelle, qui décide que l'action civile peut être intentée séparément de l'action criminelle et que, dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant la poursuite de l'action civile (1).

1335. Il y a des faits dont la poursuite criminelle n'appartient qu'à l'offensé lui-même, comme l'adultère de la femme. D'après l'article 336 du Code pénal, il ne peut être dénoncé que par le mari.

De là, la question de savoir si le mari étant mort dans l'année de l'adultère de sa femme sans l'avoir dénoncée, ses héritiers peuvent se prévaloir de ce fait comme d'une injure grave, pour demander la révocation des avantages faits à la femme par son mari.

(1) Arg. de ce qu'enseignent Brillon, v° *Adultère*, n° 37, et Bouguier, lettre *A*, n° 2.

Les lois romaines conduiraient peut-être à l'affirmative, si on les prenait en considération (1); et c'est ce qui fait que quelques auteurs ont pensé que l'adultère de l'épouse peut, après la mort du mari, servir de base à une action en révocation pour ingratitude. Mais, la jurisprudence française n'a jamais été favorable à ce système (2). Pour cette action civile, comme pour l'action correctionnelle, l'accusation réside dans la seule personne du mari; elle est *personnalissime;* elle ne passe pas à d'autres s'il ne l'a intentée de son vivant (3). Sans cette barrière, il n'y aurait pas de famille qui ne fût troublée par des scandales, et des héritiers avides ne manqueraient pas de témoins, pour insulter à des femmes irréprochables, et pour leur contester leurs avantages nuptiaux.

1336. Il n'en est pas de même de l'adultère du mari accompagné des circonstances prévues par l'article 339 du Code pénal. Aucune disposition de la loi n'en limite la poursuite à la personne même de la femme. Il peut donc servir de base à une action intentée par les héritiers après la mort de la donatrice (4).

(1) L. 3 et 22, D., *De adim. legat.* L. 9, D., *De his quæ ut indignis.* L. 10, C., *De his quæ ut indignis.* L. 27, C., *De fideic.*

(2) M. Joly de Fleury (Augeard, t. I, p. 667).

(3) Brillon, v° *Adultère*, n° 29. Lapeyrère, lettre *A*, n° 22. Louet, lettre *J*. somm. 4 :

« L'honnête homme trompé, s'éloigne et ne dit mot. »

(4) Colmar, 7 janvier 1830 (Dalloz, 31, 1, 204). Les motifs du jugement du tribunal de Savenay, confirmé par la cour, sont bien déduits. *Infrà*, n° 1363.

1337. Mais il faudrait qu'il fût bien constant que les faits reprochés au mari se rapportent à une époque où l'épouse vivait encore.

C'est ce que prouve l'arrêt suivant qui est digne d'être remarqué :

3 Messidor an XII, donation entre-vifs faite par la dame Paris à son mari.

9 Messidor de la même année, décès de la dame Paris.

Il paraît que Paris avait entretenu des relations criminelles avec une domestique pendant le mariage. Sept mois et vingt-sept jours (1) après la mort de l'épouse légitime, un enfant était né de ce commerce; Paris l'avait reconnu le lendemain.

Les héritiers de la dame Paris se fondant sur ce fait, prétendirent que la donation faite par la feue dame Paris, à son mari, était révocable pour cause d'ingratitude. Leur action aurait été sérieuse, si la naissance de l'enfant avait eu lieu dans un délai rapproché de la mort, parce qu'on aurait pu rapporter la conception au temps du mariage. Mais dans l'espèce, l'enfant étant né sept mois et vingt-sept jours après la dissolution du mariage, il devenait légalement impossible de prouver que l'enfant avait été conçu pendant le mariage ; car le terme de sept mois est un terme naturel : dès lors, la conception pouvait avoir eu lieu après la dissolution du mariage (2).

(1) 243 jours.

(2) Amiens, 2 mai 1807 (Devill., 2, 2, 237. Palais, t. VI, p. 65).

1338. Venons maintenant à la deuxième exception prévue par notre article. On sait qu'elle consiste à transmettre l'action, alors que le donateur a commencé les premières poursuites.

A ce sujet, il se présente une difficulté.

Il peut arriver que le donateur intente une action qui n'est pas l'action même en révocation, mais qui la contient implicitement : par exemple, l'action de divorce pour adultère dans les lieux où elle est permise. Le donateur meurt avant la fin du procès, et son action en divorce s'éteint avec lui. On demande si les héritiers du donateur pourront se prévaloir de cette action en divorce fondée sur l'adultère de la femme, pour diriger contre elle une action spéciale en révocation, pour cause d'ingratitude.

Sans doute, ils ne pourraient pas intenter l'action d'adultère proprement dite, puisqu'elle est personnelle au mari, et que ce dernier n'a pas cru son honneur intéressé à demander autre chose que le divorce. Mais pourquoi ne pourraient-ils pas argumenter de l'action en divorce commencée par le mari, pour établir qu'il n'a pas voulu faire remise de l'ingratitude de l'épouse et pour s'exempter de lui payer sa donation ? Dans l'ancienne jurisprudence, on décidait que lorsque le mari avait accusé sa femme d'adultère et que sa mort l'empêchait de conduire à fin son accusation, ses héritiers, bien qu'ils ne fussent pas admis à reprendre l'accusation, pouvaient, cependant, en exciper contre la

femme demandant le payement de son douaire (1).

Malgré ces raisons, la jurisprudence moderne ne s'est pas toujours montrée favorable à l'action des héritiers. On a décidé que l'action en révocation pour ingratitude ne se continue dans la personne de ceux-ci, qu'autant qu'elle est bien l'action en révocation même. Mais, que si la révocation n'est qu'un corollaire, une suite d'une autre action intentée d'une manière principale s'éteignant avec le donateur, la révocation ne saurait revivre par le fait des héritiers.

1339. Ecoutons une décision de la cour de Toulouse, d'où résulte cette doctrine :

Barthelemy G** réclame le divorce pour cause d'adultère contre sa femme. Il décède avant l'admission de la demande.

Après cet événement, la dame G**, donataire par contrat de mariage d'une partie des biens du mari, se pourvoit contre ses héritiers pour obtenir l'effet de sa libéralité. Mais ces derniers soutiennent qu'elle est non recevable et que la donation doit être révoquée pour raison d'ingratitude.

La dame G** répond à cette prétention, en disant : Pour que l'adultère fasse révoquer la donation, il faudrait qu'il eût motivé préalablement la prononciation du divorce (2). Or, l'action de divorce n'a pas abouti : les héritiers du mari, en demandant la

(1) Bouguier, lettre *A*, n° 2. Ricard, *Donat.*, p. 1, ch. 3, sect. 8, n° 402. Furgole, XI, 1, 148.

(2) Art. 299 C. Nap.

preuve des faits d'adultère, élèvent une prétention illégale, lorsque, surtout, ils n'agissent que dans un but pécuniaire.

A cela, les héritiers opposent l'ancienne jurisprudence. Néanmoins, la cour de Toulouse repoussa leur prétention (1) par la raison que, d'après l'art. 299, la perte des gains nuptiaux n'est attachée qu'à l'admission seule du divorce, laquelle s'est trouvée empêchée par le décès du donateur.

1340. Il est permis, à mon sens, d'élever des doutes sérieux sur cette manière d'envisager la question.

Qu'exige notre article pour que les héritiers soient recevables? Que l'action ait été intentée par le donateur. Or, dans l'espèce, n'a-t-elle pas été intentée? Le donateur n'a-t-il pas voulu obtenir la révocation? N'était-elle pas renfermée implicitement, mais nécessairement, d'après l'art. 299 du Code Napoléon, dans sa demande en divorce? Et si son décès fait évanouir la demande en divorce qui n'a plus d'objet, est-ce qu'elle entraîne la chute de la demande en révocation qui reste avec sa cause, avec son intérêt? Je ne saurais le penser et j'aime mieux l'ancienne jurisprudence, que la jurisprudence trop relâchée de la cour de Toulouse.

1341. Contre cette opinion on oppose deux arrêts de la cour de Paris et de la cour de Rouen dont j'ai quelquefois entendu argumenter. Hardouin exerce

(1) 25 janvier 1820 (Devill., 6, 2, 195. Palais, t. XV, p. 731).

des sévices sur sa femme, et celle-ci le poursuit en séparation de corps ; mais elle ne demande pas la révocation des avantages nuptiaux. Elle décède avant les enquêtes et le jugement. Ses héritiers prétendent s'appuyer sur l'action en séparation pour y greffer l'action en révocation. On leur répond que la femme Hardouin n'ayant demandé que la séparation sans l'obtenir à cause de son décès, cette action est éteinte et que l'action des héritiers est une tout autre action, dont le principe n'émane pas de leur auteur, lequel n'a jamais parlé de révocation. Ce système fut admis par le tribunal de première instance et par la cour d'appel de Paris (1).

Même décision de la cour d'appel de Rouen du 17 janvier 1823, rendu dans des circonstances tout à fait semblables (2).

1342. Or, je pourrais faire remarquer que ces deux derniers arrêts de Paris et de Rouen sont fondés surtout sur ce que l'époux demandeur en séparation n'avait pas formé de son vivant l'action en révocation (3).

Je pourrais ajouter que la séparation est quelquefois demandée, sans que la révocation des avantages soit demandée en même temps (4) ; qu'ainsi ces deux arrêts ne sauraient tirer à conséquence.

(1) Paris, 6 juillet 1814 (Devill., 4, 2, 397. Palais, t. XII, p. 297).

(2) Palais, t. XVII, p. 832. Devill., 7, 2, 160.

(3) Voy. les observations de M. Daviel (Palais, t. XVII, *loc. cit.*) et l'arrêt de Rouen précité.

(4) Caen, 22 avril 1839 (Devill., 39, 2, 373).

Lorsque, dans l'instance en séparation, des conclusions sont positivement prises pour obtenir la révocation des avantages nuptiaux, alors le décès du donateur, avant que l'action en séparation n'ait abouti, n'empêche pas les héritiers de reprendre l'action, en tant qu'elle porte sur la révocation de ces avantages, parce qu'en ce cas, l'action avait été véritablement formée par le donateur, dans les termes de notre article.

Mais je dirai franchement, que même dans l'hypothèse où ils se restreignent, les deux arrêts de Paris et de Rouen ne sont pas juridiques. La demande en séparation formule les griefs, et signale l'ingratitude. Elle comprend virtuellement un principe de révocation. Ce principe peut attendre, pour se produire plus tard, d'une manière plus opportune. Mais on ne peut pas dire aux héritiers, qu'ils le mettent en mouvement pour la première fois, après le décès du donateur. Celui-ci avait ouvert la lice et pris la voie préalable. Ses héritiers font le moins, après qu'il avait commencé le plus (1).

1343. Comme le délai d'un an est une véritable prescription, il ne court pas entre époux pendant le mariage.

Un époux se fait séparer de corps et de biens, pour sévices et injures graves. Il ne demande pas en même temps la révocation des avantages nuptiaux. Il peut n'y avoir pas d'intérêt actuel, lorsque, par exemple, l'avantage consiste dans un usufruit qui ne s'ouvrira qu'à son décès. Il meurt : l'action, suspendue pen-

(1) Voy. *infrà*, n° 1363.

dant le mariage, en vertu de l'art. 2253 du Code Napoléon, pourra être intentée par ses héritiers dans le délai légal (1). Mais nous reviendrons sur ce point ci-dessous au numéro 1361.

Article 958.

La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'article 939.

Dans le cas de révocation, le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés, eu égard au temps de la demande, et les fruits, à compter du jour de cette demande.

SOMMAIRE.

1344. Pour quel motif la loi a respecté ici les aliénations et hypothèques dont la chose a été l'objet avant l'inscription de la demande.

(1) Caen, 22 avril 1839 et 3 mars 1834 (Devill., 39, 2, 373). Rennes, 20 juillet 1843 (Devill., 43, 1, 730, note. Palais, t. XLIV, p. 625). *Junge* Cassat., 17 mars 1835 (Palais, t. XXVI, p. 1517. Dalloz, 25, 1, 199). Rouen, 25 juillet 1829 (Palais, t. XXII, p. 1282. Dalloz, 30, 2, 273).

1345. Obligations du donataire dans le cas de révocation pour cause d'ingratitude.

1346. Indépendamment du prix des biens aliénés, il doit les fruits du jour de la demande en révocation.

1347. *Quid* à l'égard des droits de servitudes et hypothèques qu'il a imposés sur la chose donnée?

COMMENTAIRE.

1344. La révocation, pour cause d'ingratitude, n'est pas fondée sur une cause *antiqua et primæva*, qui ait pu affecter la donation (1). Il est clair que le donateur n'a pas prévu, en donnant, cette cause de révocation; car l'idée seule de verser ses bienfaits sur un ingrat, eût arrêté sa générosité dans sa source. De là vient que le fait qui donne lieu à la révocation, étant postérieur à la donation et imprévu, les tiers acquéreurs ou autres, ayant acquis des droits sur l'objet donné, ne peuvent être préjudiciés par la mauvaise conduite du donataire. *Nemo alterius facto prægravari debet.* C'est ce qu'enseigne Loyseau (2) : « Cette révocation, dit-il, procède d'une cause depuis » survenue, et non d'une cause exprimée, ou d'un ca- » ractère imprimé lors de la tradition de la chose. D'ail- » leurs cette ingratitude consiste en quelque action qui » est volontaire, et l'on sait que lorsque la résolution » d'un contrat est opérée *ex causâ voluntariâ*, elle ne » nuit pas aux tiers (3). » On ne doit donc pas être étonné

(1) *Contrà*, Furgole, XI, 1, 141.
(2) *Déguerp.*, VI, 3, 10. *Suprà*, n° 294.
(3) Loyseau, *loc. cit.*

que notre article respecte les aliénations et hypothèques dont la chose donnée a été l'objet, pourvu que ces hypothèques aient été prises et ces aliénations faites avant que le donateur ait fait inscrire, en marge de la transcription, un extrait de sa demande en révocation.

1345. Mais si les tiers ne doivent pas être troublés ni préjudiciés dans des droits acquis de bonne foi, il ne faut pas non plus que le donataire conserve, malgré son délit, le prix qu'il a retiré de ses aliénations. Cest pourquoi il doit payer au donateur la valeur des objets aliénés. *Quidquid igitur is qui à matre impietatis arguitur, ex titulo donationis tenet, matri cogitur reddere* (1). La valeur des choses aliénées s'estime au temps de la demande.

1346. Il doit également les fruits du jour de la demande en révocation (2); car jusqu'à ce jour la donation a continué à subsister. C'était l'ancienne jurisprudence, avant de devenir loi par un article du Code Napoléon (3).

1347. Mais le donataire doit-il indemniser le donateur des servitudes et hypothèques qu'il a imposées et qui ont diminué la valeur de l'objet donné.

En ce qui concerne les hypothèques, il est clair que le donateur, qui est exposé à en supporter le poids à l'égard des créanciers, doit en être déchargé par le donataire; autrement le donateur se trouverait

(1) L. 7, C., *De revoc. donat.*
(2) Furgole, XI, 1, 166.
(3) L. ult., C., *De revoc. donat. Suprà*, n° 294.

exposé à payer, sans indemnité, les dettes d'un autre : ce qui est contraire à la justice (1).

A l'égard des servitudes, la question est plus douteuse : elle partageait les jurisconsultes avant le Code Napoléon. Ricard soutenait que le donateur ne devait pas être indemnisé (2); au contraire, Dumoulin (3) et Furgole (4) pensaient que l'indemnité devait avoir lieu. Cette dernière opinion est plus équitable; elle est aussi plus logique. Car, puisque le donateur doit être indemnisé des aliénations proprement dites, la raison dit qu'il ne doit pas perdre pa rles charges qui diminuent la valeur de l'immeuble restitué en nature.

ARTICLE 959.

Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude.

SOMMAIRE.

1348. Les donations d'époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, sont-elles révocables pour cause d'ingratitude de l'époux donataire?

1349. L'ancienne jurisprudence admettait sans difficulté la

(1) Furgole, XI, 1, 161, 162, 163. Auroux *sur Bourbonnais*, art. 225, n° 32; et Dumoulin *sur Paris*, § 33, glose 1, n° 57.

(2) N° 721.

(3) *Loc. cit.*

(4) XI, 1, 164.

révocation pour cause d'ingratitude des donations en faveur de mariage, quand elles étaient faites d'époux à époux.

1350. Disposition, à cet égard, des Coutumes d'Anjou, de Touraine, de Bretagne, de Normandie, du Hainault, etc.

1351. La révocation des avantages nuptiaux, au préjudice de l'époux ingrat, était de droit commun.

1352. Mais, s'il s'agissait de donations faites, en vue de mariage, par des étrangers aux époux, la question alors était controversée.

1353. Par l'art. 959, le législateur a voulu faire cesser les controverses sur cette dernière question. — Argument tiré de la discussion au conseil d'État.

1354. L'amendement tardif qui introduisit dans le système du Code la séparation de corps, n'a pu changer la pensée primitive de l'art. 959.

1355. En résumé, les mots *en faveur de mariage*, de l'art. 959, doivent être pris dans un sens restrictif.

1356. Contradiction, dans le système contraire, de l'art. 959 avec les art. 299 et 1518.

1357. Décision solennelle de la cour de cassation, qui, réformant sa jurisprudence antérieure, contrairement à l'opinion de M. Merlin et malgré les conclusions de M. le procureur général Dupin, admet enfin que les donations entre époux sont révocables pour cause d'ingratitude.

1358. Réfutation des principaux arguments des conclusions de M. le procureur général Dupin.

1359. Réponse à l'objection tirée du silence du Code, quant à la révocation des avantages nuptiaux, en cas de séparation de corps.

1360. Réfutation des objections tentées contre l'influence de l'art. 1518 sur la question.

1361. La séparation de corps fait-elle tomber les donations, de même que le divorce les faisait évanouir?

1362. Est-il absolument indispensable que la séparation de corps soit prononcée, pour que la révocation des donations nuptiales puisse être admise? — Oui, en ce qui concerne l'époux demandeur.

1363. Non, en ce qui concerne les héritiers, si l'époux offensé est décédé dans l'année.

COMMENTAIRE.

1348. Cet article a été un champ de bataille pour de tristes controverses : il y en a peu qui aient donné lieu à tant de décisions contraires, à tant de solutions dont la morale et l'équité ont eu à s'alarmer. Ce n'est qu'après de longues années de luttes entre la cour de cassation et les cours d'appel, que la mesure étant comblée, la conscience des magistrats a avisé, et que la jurisprudence s'est mise d'accord avec les principes sacrés qui peuvent la rendre respectable et utile.

Quelle était donc la question qui divisait les esprits? une question bien simple et bien facile. Les donations d'époux à époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, sont-elles révocables pour cause d'ingratitude de l'époux donataire? Les plus simples notions du juste répondent par une affirmation catégorique : car l'on ne comprend pas que l'ingratitude, qui est un délit chez un donataire étranger, cesse de l'être chez un époux.

Mais des légistes méticuleux, plus préoccupés du matérialisme d'une formule légale, que des grandes vérités de la morale, avaient trouvé devant eux l'art. 959 du Code Napoléon. S'attachant à l'écorce des mots, oubliant les précédents et l'état des faits,

ils avaient cru voir, dans cet article, une exception favorable pour l'époux ingrat; leurs efforts étaient parvenus à renverser une base jusqu'alors incontestée de la jurisprudence française.

1349. Pour comprendre ces précédents, dont je parle et dont l'autorité est ici d'une influence décisive, il faut savoir que, dans la jurisprudence antérieure au Code Napoléon, l'effet de l'ingratitude sur toutes les donations en faveur de mariage n'avait pas été envisagé du même point de vue. On faisait une distinction entre les donations faites par les étrangers et les donations faites par les époux. A l'égard de celles-ci, nulle difficulté n'avait été soulevée: les textes des coutumes, les arrêts des parlements, tout s'accordait pour punir, par la révocation, l'époux ingrat. Mais il n'en était pas de même des donations faites par des étrangers: malgré l'opinion dominante qui les assujettissait à la révocation pour ingratitude (1), des doutes subsistaient et de graves raisons étaient alléguées pour faire, à leur égard, une exception (2). En effet, la révocation faisait réfléchir la peine de l'époux ingrat sur l'époux innocent et sur ses enfants, ce qui était excessif. Une donation

(1) D'Olive, liv. 4, ch. 5. Charondas, liv. 2. rép. 53. Ferrières *sur Paris*, tit. 13, § 4, t. III, p. 1096. Delaurière, *Instit. contract.*, p. 218. Furgole, XI, 1, 106. Ricard, n° 683. M. Merlin, Répert., v° *Instit. contract.*, p. 327.

(2) Voy. M. Merlin, v° *Instit. contract.*, § 9. On s'appuyait sur les lois 70, D., *De jure dotium*, et 24, C., *De jure dotium*. Il faut consulter aussi Delaurière, *Instit. contract.*, t. I, p. 222, 223. Il cite les opinions pour et contre.

faite pour favoriser un mariage, s'étend plus loin que le donataire : elle embrasse celui qui contracte alliance avec ce dernier et la famille qui naîtra de cette union. La révoquer, c'est enlever à la famille tout entière son fondement et son avenir.

On discutait donc sur ce point.

Mais les livres français n'offrent pas de trace de dispute sérieuse, de dissentiment rationnel et scientifique, sur la révocation des donations d'époux à époux (1).

1350. Pourquoi cet accord sur ce dernier point. C'est que les coutumes et la jurisprudence y avaient pourvu :

« Si la femme mariée (disait la coutume d'Anjou) (2) de sa propre volonté, par fornication, laisse » et abandonne son mari, ou par jugement d'église, » par sa faute et coulpe, est séparée d'avec son mari, » et ne soit depuis réconciliée à lui, elle perd son » douaire. »

La coutume de Touraine avait une disposition semblable : « La femme noble ou roturière, qui fait en son mariage, perd son douaire, s'il y en a » plainte faite en justice, par son mari ; et autrement, n'en pourra l'héritier faire querelle après » la mort du mari (3). »

On peut consulter encore la coutume de Bre-

(1) M. Merlin, Répert., v° *Instit. contract.*, § 9, p. 327.
(2) Art. 314.
(3) Art. 336.

tagne (1), la coutume de Normandie (2), et la coutume de Hainault (3) : c'était le droit commun du royaume, ainsi que l'enseigne Pothier (4).

Ainsi, même dans le cas de douaire qui était si favorable, la loi coutumière voyait, dans la séparation prononcée pour ingratitude de la femme, une cause de révocation. A plus forte raison en était-il ainsi des donations et conventions matrimoniales, et les recueils sont remplis de décisions qui ont consacré ce point de droit et de morale (5). Il n'y aurait pas de plus grande hérésie que de le contester.

D'un autre côté, et en face de cette jurisprudence qui punissait la femme coupable, il y avait une jurisprudence non moins digne d'approbation, qui punissait le mari dont la faute avait donné lieu à la séparation (6).

1351. Ainsi ce point de droit était complet. La révocation des avantages nuptiaux au préjudice de

(1) Art. 455.

(2) Art. 376 et 377, et Basnage, t. II, p. 54.

(3) Ch. 121, n° 10.

(4) *Douaire*, n° 257. Coquille *sur Nivernais*, ch. 14, art. 6.

(5) Brodeau *sur Louet*, lettre *J*, somm. 4, et lettre *A*, somm. 16, n°s 9 et 10. M. Merlin, Répert., v° *Séparation de corps*, § 4. Cassat., 10 août 1809, rapporté dans les Questions de droit de M. Merlin, v° *Séparation de corps*, § 1.

(6) Bergier *sur Ricard*, *loc. cit.* M. Merlin, Rép., v° *Séparation de corps*, § 4, et *Instit. contract.*, § 9. Arrêts du parlement de Paris du 7 septembre 1782, du 19 mai 1779, etc. Denizart, v° *Révocation*. Duparc-Poulain, t. V, p. 12, n° 17.

l'époux répréhensible était consacrée, pratiquée, et généralement acceptée comme droit commun (1).

Et pourquoi, d'ailleurs, la controverse se serait-elle insurgée contre ce point de droit? Est-ce que la famille avait à souffrir de cette sévérité de la morale? Est-ce que la révocation retirait la libéralité de la famille? Est-ce qu'elle avait pour conséquence le trouble profond qu'apporte, dans une famille, le retrait fait par un tiers de ce qui fait son aisance, de ce qui est le fondement de son avenir?

1352. Mais quand il s'agissait de donations faites par des étrangers à l'un des époux en vue du mariage, c'est alors que commençait la discussion (nous venons d'indiquer pourquoi); c'est alors que la critique éprouvait des doutes! Et comment la question était-elle posée? C'est un point curieux à constater: « QUID *des donations en faveur de mariage*, » dit Ferrières (2), quand il examine si les donations faites en faveur de mariage par les père et mère à leurs enfants, sont sujettes à être révoquées par l'ingratitude des donataires. On peut consulter tous les auteurs français: leur langage est le même (3). Malgré la généralité des mots *donations en faveur de mariage* (4), on ne songeait, dans cette discussion, qu'aux

(1) Mon Comm. du *Contrat de mariage*, t. III, n° 2132, et les notes.

(2) *Sur Paris*, t. XIII, § 4, au sommaire n° 18.

(3) Delaurière est intéressant à consulter et confirme pleinement cette observation, *Instit. contract.*, t. I, p. 218, 219 et suiv.

(4) Louet, lettre *D*, somm. 46.

donations faites par les tiers (1) et jamais aux donations faites entre époux.

1353. Tel était l'état des choses quand est venu le Code Napoléon. L'art. 959 a été édicté pour faire cesser les controverses et abroger l'ancienne jurisprudence relative aux donations faites par des tiers en faveur du mariage. Nous n'avons pas besoin de dire les grandes raisons qui montrent que, dans l'intérêt de la famille et des enfants, une exception devait être faite par la loi à ces donations, qui s'adressent moins au donataire même qu'à son mariage et à sa postérité.

Mais l'art. 959 a-t-il entendu donner aux mots *donations en faveur du mariage*, un sens différent de celui qu'on lui donnait autrefois dans cette matière, ainsi que Ferrières vient de nous le prouver? Non! Il a pris ces expressions comme on les prenait dans tous les livres. Il est même de toute impossibilité, si l'on veut y réfléchir, que l'art. 959 ait embrassé les donations entre époux.

En voici la preuve.

Le projet présenté aux cours et tribunaux ne parlait pas de la séparation de corps, laquelle n'a été introduite que par amendement lors de la discussion au conseil d'État. Le projet primitif ne connaissait que le divorce.

D'un autre côté, ce même projet renfermait l'ar-

(1) Ricard, nos 682 et suiv. Expilly, ch. 126. Boniface, t. II, p. 433.

ticle 959 (1). Il déclarait que les donations en faveur du mariage n'étaient pas révocables pour cause d'ingratitude.

Or, je le demande, est-il possible que cet article portât sa pensée sur les donations entre époux? Évidemment non! puisque l'art. 299, au titre du divorce, faisait positivement tomber ces donations pour cause d'ingratitude. Je dis « pour cause d'ingratitude, » parce que M. Treilhard a dit, en termes formels, que l'art. 299 était fondé sur cette cause.

« Lorsque l'époux, disait ce conseiller d'État, se » trouve convaincu de faits tellement atroces que le » divorce doit en être la suite, jouira-t-il d'un bien- » fait qui devait être le prix d'une constante affec- » tion et des soins les plus tendres? Non! Il s'est » placé au rang des ingrats. Il sera traité comme eux. » Il a violé la première condition du contrat; il ne » sera pas reçu à en réclamer les dispositions (2). »

Voilà donc l'ingratitude prise en considération par le législateur pour les donations entre époux! La voilà posée par lui comme base de révocation. Il est vrai que cette révocation, au lieu d'affecter les formes ordinaires de l'action pour ingratitude, doit se produire entre époux sous la figure du divorce. On en comprend la raison : c'est que l'ingratitude peut être remise, et que la continuation de la cohabitation, de la vie commune est considérée comme une renon-

(1) Fenet, t. II, p. 285.
(2) Fenet, t. IX, p. 488.

ciation à l'action en révocation (1). Mais il n'en est pas moins vrai que l'ingratitude, ce fondement du divorce, est aussi le fondement de la révocation.

Je sais bien que le divorce pouvait n'être pas toujours fondé sur l'adultère, les sévices, les excès ; il pouvait résulter, aux termes de l'art. 232 du Code Napoléon, de la condamnation de l'époux à une peine infamante, et dans ce cas particulier, la révocation des avantages est fondée sur l'indignité et non sur l'ingratitude. Mais M. Treilhard n'en a pas moins exposé la raison fondamentale de l'art. 299 dans les cas d'excès, sévices, injures, etc. Quelle serait donc alors la cause de la révocation? N'est-il pas vrai qu'il y a parfaite concordance entre l'art. 299 et l'art. 955?

Ceci posé, il devient clair que dans la pensée primitive de l'art. 959, les donations entre époux sont en dehors de cet article. L'art. 959 eût été menteur pour ceux qui l'ont fait, et pour le lecteur, s'il se fût appliqué aux donations entre époux, précisément révocables pour cause d'ingratitude. Il est palpable qu'il ne comprenait que les donations faites par les tiers.

1354. Or, le sens des mots a-t-il changé parce qu'un amendement tardif a introduit dans le système du Code Napoléon la séparation de corps? Non! Et les preuves abondent.

Comment, en effet, la séparation, empruntée à l'ancien droit, aurait-elle enlevé aux termes de l'ar-

(1) *Infrà*, n° 2137.

ticle 959 un sens qu'ils avaient dans l'ancien droit?

Comment la séparation de corps, destinée à produire (abstraction faite du lien) les mêmes effets que le divorce (1), aurait-elle engendré dans l'art. 959 des conséquences que n'y engendrait pas le divorce.

On n'a qu'à se reporter, d'ailleurs, aux explications données par les orateurs sur l'art. 959 du Code Napoléon.

« Les donations en faveur du mariage sont excep-
» tées, parce qu'elles ont aussi pour objet les en-
» fants à naître qui ne doivent pas être victimes de
» l'ingratitude du donataire (2).

» Les donations en faveur du mariage sont excep-
» tées, et vous en sentez la raison. Elles sont moins
» une libéralité en faveur du donateur qu'un traité
» entre deux familles, en considération d'une union
» qui doit donner le jour à des enfants appelés à les
» recueillir (3). »

On le voit : le législateur n'est préoccupé que des donations faites par les tiers, qui sont le patrimoine de la famille, qui assurent son avenir, et font la fortune des enfants. Cela n'a rien de commun avec les donations entre époux, dont la révocation ne change rien au sort de la famille et des enfants.

Et puis, n'oublions pas l'art. 308 du Code Napoléon qui *authentique* la femme adultère, ainsi qu'on

(1) M. Rœderer disait, en effet : « Au delà, les effets sont les mêmes. » (Fenet, t. IX, p. 366.)

(2) M. Bigot (Fenet, t. XII, p. 636).

(3) Le tribun Sedillot (Fenet, t. XII, p. 636).

le disait autrefois (1), qui l'expose au mépris public et la met en prison. Et l'on voudrait que le législateur qui, au titre de la séparation, venait de la traiter avec cette rigueur, eût tout à coup changé d'avis au titre des donations ! On voudrait qu'il eût autorisé cette femme coupable à conserver la libéralité qu'elle tient de son mari outragé. Il ne faut pas prêter à la loi de si énormes absurdités !

1355. Ainsi tout s'accorde pour établir que l'article 959 a pris les mots donations *en faveur du mariage* dans un sens restrictif : langage de l'ancien droit; origine de l'art. 959; idée attachée de tout temps à la séparation; explications des orateurs; absurdité des résultats. On ne saurait trouver un concours de raisons plus décisives pour démontrer que l'art. 959 a conservé son sens primitif et que l'introduction de la séparation de corps n'y a rien changé. Je ne sache pas qu'on ait jamais répondu à ces arguments.

Tout le monde sait, cependant, qu'en général les mots *donations en faveur de mariage*, ont un sens plus large : témoin l'art. 960. M. Merlin, et d'autres après lui, auraient pu s'épargner la peine de le prouver. Mais, ici, dans ce cas particulier, avec toutes les preuves qui précèdent, la force des choses est telle, qu'ils ne peuvent comprendre que les donations faites par des étrangers.

(1) On appelait autrefois la femme adultère qui avait été fustigée et consignée dans un monastère, d'après l'authentique *Sed hodiè*, au C., *De adulteriis : Femme authentiquée.*

1356. Qu'arriverait-il si l'art. 959 avait le sens général et absolu que le matérialisme littéral semble lui donner au premier coup d'œil? Il serait en contradiction flagrante avec d'autres dispositions capitales du Code Napoléon; il mentirait à l'évidence.

Il heurterait, en effet, l'art. 299 qui révoque les donations entre époux pour ingratitude; il heurterait encore l'art. 1518 du Code Napoléon, qui, en cas de séparation, porte atteinte au préciput au préjudice de l'époux coupable (1). Cet article est très-notable: il est même décisif et révèle avec un haut degré d'évidence le système général du législateur. Il montre combien serait énorme l'erreur de ceux qui prendraient l'art. 959 avec une portée illimitée.

1357. C'est, cependant, dans cet état de choses et lorsque la plus simple réflexion aurait pu éclairer l'art. 959 du jour propice de la critique, que M. Merlin d'abord (2) et la cour de cassation ensuite (3), se sont laissé entraîner à prendre ce texte avec un malheureux formalisme et l'ont fait servir, contre leur gré, aux plus révoltants scandales.

M. Merlin reconnaît pourtant que la révocation ne serait pas douteuse, « si l'on devait s'en rap» porter aux notions du juste et de l'injuste; » ce qui ne l'empêche pas d'admettre, avec le plus grand sang-froid du monde, une chose qui lui apparaît comme

(1) Mon Comm. du *Contrat de mariage*, t. III, n° 2132.

(2) Quest. de droit, v° *Séparation*, § 1. Répert., v° *Séparation*, § 4.

(3) Ses arrêts n'ont été que trop nombreux.

une injustice criante. Il lui suffit d'un argument tiré de la lettre. Il ne fait pas un effort pour voir si cette lettre n'est pas interprétée contre le vœu du législateur, et s'il n'y a pas quelque bonne raison à donner en faveur du juste contre l'injuste.

Mais d'autres, plus soucieux de mettre le droit en harmonie avec la morale, ont fait cet effort et le succès a couronné leur entreprise. Un arrêt rendu par la cour de cassation, en audience solennelle, le 23 mai 1845, a décidé, enfin, que les donations entre époux sont révocables pour ingratitude (1). Changement mémorable dans les annales de la cour de cassation! Noble retour d'une magistrature si haut placée, qu'elle ne craint pas de reconnaître ses erreurs. J'étais alors conseiller à la cour de cassation et je pris une part aussi active qu'il me fut possible, au résultat consacré par le vote de la majorité. La tâche fut rude: car M. Dupin, procureur général, soutint avec force la jurisprudence matérialiste, contre laquelle des cours d'appel s'étaient roidies avec énergie; il crut devoir suivre les errements tracés par son illustre prédécesseur, M. Merlin. Il ne fallut rien moins qu'un délibéré de sept heures et

(1) Devill., 45, 1, 321. Palais, t, XLIV, p. 626. *Junge* Cassat., 17 juin 1845 et 28 avril 1846 (Devill., 46, 1, 52 et 583). Paris, 5 février 1847 (Devill., 47, 2, 91). Colmar, 15 juillet 1846 (Devill., 47, 2, 196), et plusieurs autres rapportés par Devilleneuve, 47, 2, 91, note, et qui prouvent que cette jurisprudence n'est plus contestée aujourd'hui, ce dont doivent s'applaudir tous ceux qui ont pris part à ce grand progrès.

demie pour repousser, à une majorité de dix-huit contre seize, les conclusions du procureur général et opérer dans la jurisprudence cette heureuse révolution.

1358. Il y eut seulement cette différence, entre l'ancien et le nouveau procureur général, que le premier avouait qu'il faisait au texte de l'art. 959 un sacrifice pénible pour la morale; ce qui fait que tous les martyrs de la lettre avaient dit après lui : « Oui ! la loi est mauvaise. Mais que voulez-vous? » *dura lex, sed lex est;* faites changer la loi (1). »

M. Dupin alla plus loin : pour la première fois, il entreprit de prouver qu'une loi opposée à la révocation, est une loi bonne et morale. Entre tous les points si faibles de ses conclusions, celui-ci est le plus débile. Le paradoxe de l'orateur s'élève si fort au-dessus de son talent, qu'on n'aperçoit plus que l'erreur dans sa nudité sophistique. Qui ne voit, en effet, que le droit de révocation est un frein pendant le mariage, qu'il maintient l'observation du devoir; qu'il est un moyen répressif puissant; qu'au contraire, l'irrévocabilité est un appât pour les manquements; qu'elle porte à la licence, qu'elle fortifie les mauvais sentiments par l'espoir d'une fortune indépendante; qu'une épouse adultère ne sera pas fâchée de jouir de la donation avec son complice; qu'enfin, tandis que la loi enlève à un étranger ingrat les avantages d'une donation, il est souverainement

(1) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 211, et bien d'autres.

inique de les laisser à un époux qui, en face des autels et de la société, a promis d'une manière spéciale, amitié, affection, fidélité.

Le savant procureur général se montre très-préoccupé de la stabilité des contrats de mariage. Mais je voudrais bien savoir si l'ancienne jurisprudence ne s'en préoccupait pas aussi autant que qui ce soit, et si pourtant sa haute sagesse n'avait pas vu qu'il y avait des fautes de l'époux, qui méritaient la perte des avantages nuptiaux. Le contrat de mariage est soumis à une double condition : d'abord, que le mariage sera célébré; ensuite, qu'il subsistera avec l'observation des devoirs qu'il impose. S'il y a manquement, la justice prononce la séparation, d'après le droit commun; on liquide, et les avantages sont retirés au coupable, *causâ datâ causâ non secutâ.* Comment! c'est en présence de l'art. 1518, que M. Dupin propose un tel argument! C'est en présence de l'ancienne jurisprudence et de ses salutaires rigueurs! On dirait, vraiment, à entendre M. Dupin, qu'il oublie que le contrat de mariage a vécu pendant des siècles sur les idées que nous soutenons, et que c'est cette ancienne jurisprudence, dont nous nous appuyons, qui a fondé le principe de la stabilité des stipulations matrimoniales.

M. Dupin ajoute que, sans les avantages, le mariage n'aurait pas eu lieu, et il a raison. Mais, par contre, sans la promesse d'affection, l'époux donateur n'aurait pas donné. L'époux ingrat ne peut donc s'en prendre qu'à lui-même, d'une révocation dont il est la cause.

Mais je m'aperçois que j'insiste sur des idées que la raison accueille d'elle-même; qu'au contraire, c'est par de singuliers efforts de raisonnement qu'on colore, tant bien que mal, la thèse opposée à la révocation; que la morale, la justice, le bons sens, parlent si haut sur cette question, que ce n'est pas d'elle qu'on peut dire qu'elle est *grandement mêlée de pour et de contre.*

1359. Ajoutons, cependant, encore un mot sur quelques objections de détail.

On vient de trouver, dans ce qui précède, d'assez graves considérations, qui se tirent de la justice et de la morale, de la liaison de l'ancien droit avec le nouveau, de la confection du Code Napoléon, des discours des orateurs. A tout cela, les conclusions de M. Dupin n'ont opposé que le silence ou d'assez légers arguments. En revanche, les partisans de sa thèse viennent nous demander d'un ton victorieux: Pourquoi le législateur a-t-il cru nécessaire de s'expliquer pour le cas de divorce, et pourquoi a-t-il gardé le silence en cas de séparation de corps? Vraiment, voilà un aperçu lumineux, un point de vue profond, un moyen large et puissant!

Cependant, comme il faut répondre aux petites choses comme aux grandes, je dirai aux inventeurs de cet argument foudroyant, que Pothier aussi a omis de s'expliquer sur les suites de la séparation de corps par rapport aux avantages nuptiaux (1); et cependant il n'était pas moins certain que la sépa-

(1) *Contrat de mariage*, n° 522.

risprudence prend au titre du divorce l'art. 299: elle l'applique, non comme argument, mais comme règle. Partant de là, les héritiers trouvent la révocation dans la succession de leur auteur, ils s'en emparent comme d'un droit acquis, sinon consommé.

Le second parti consiste à dire qu'à la vérité la révocation peut n'être pas de plein droit; c'est ainsi que, dans l'ancienne jurisprudence, la séparation, qui pouvait être le principe d'une action révocatoire, ne révoquait pas les libéralités *ipso jure* (1): mais que l'action de l'époux a sommeillé pendant le mariage et qu'elle s'ouvre à son décès au profit de ses héritiers (2).

Mais cette action n'est pas aussi radicale que l'autre; elle est plus susceptible d'entraves et de fins de non-recevoir; elle est moins efficace et par cela même, nous donnons la préférence à l'autre opinion.

1362. Reste à examiner s'il est absolument indispensable que la séparation de corps soit prononcée pour que la révocation des donations nuptiales puisse être admise.

En ce qui concerne l'époux demandeur, il faut qu'il soit armé d'un jugement de séparation, et c'est ainsi que ce point de droit était entendu dans l'ancienne jurisprudence (3). La raison en est simple:

(1) M. Merlin, Répert., v° *Séparation de corps*, § 4.
(2) *Suprà*, n° 1343, les arrêts cités.
(3) *Suprà*, n° 1350, le texte de la coutume d'Anjou.

d'après le droit commun, la réconciliation et le pardon élèvent une fin de non-recevoir contre la demande en révocation pour cause d'ingratitude (1). Or, l'époux qui ne demande pas la séparation, est censé ne pas trouver l'injure assez grave, ou l'avoir pardonnée. Pourquoi donc vient-il demander la révocation? La non-séparation de corps laissant continuer la cohabitation, fait supposer l'*osculatio*, ou la *comessatio* qui sont des marques de réconciliation. D'ailleurs, entre époux, *res non sunt amarè tractandæ*.

1363. Mais il est possible que l'époux offensé soit décédé dans l'année du délit, sans le connaître ou sans avoir eu le temps de le poursuivre. Alors l'action passe aux héritiers et l'ingratitude peut servir de base à l'action, bien qu'elle ne soit pas fortifiée par un jugement de séparation (2).

Où arriverait-on, si on se laissait aller à d'autres idées?

Un mari donne la mort à sa femme comme un autre duc de Praslin. Est-ce que les héritiers de la femme n'auront pas une action pour faire révoquer la donation faite par la femme au mari? Quel serait donc le caractère de la loi, si elle passait indifférente devant de tels forfaits et si elle laissait la justice civile désarmée? Et quelle est l'illusion des jurisconsultes qui pensent que les donations entre époux ne sont pas révocables pour ingratitude?

(1) *Suprà*, n° 1325.
(2) *Suprà*, n° 1336.

Article 960.

Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur du mariage par autres que par les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation.

Article 961.

Cette révocation aura lieu, encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la donation.

SOMMAIRE.

1364. De la révocation des donations, pour cause de survenance d'enfant, en droit romain.

1365. La loi parle ici le langage de l'amour paternel.

1366. Jurisconsultes qui ont élevé des doutes sur la légitimité de cette disposition. — Opinion de Doneau.

1367. Réfutation.

1368. Au conseil d'État, le système de Doneau fut abandonné, non sans avoir été discuté.

1369. Des enfants dont la naissance fait révoquer la donation. — Des enfants légitimes.

1370. Des enfants légitimés.

1371. Pourquoi le Code n'a admis ici que les enfants légitimés nés depuis la donation.

1372. Quant à la naissance des enfants naturels, même reconnus, elle ne saurait avoir aucune influence sur les donations antérieures.

1373. Il en est de même de l'adoption.

1374. Il faut, de plus, que les enfants légitimes ou légitimés, nés depuis la donation, soient nés viables.

1375. *Quid* des enfants venus au monde par suite d'opération césarienne et du part monstrueux ? — Renvoi.

1376. L'enfant conçu au moment de la donation n'est pas réputé né.

1377. Les enfants qui naissent après que leur père a fait une donation n'opèrent pas la révocation de cet acte, lorsque déjà ils avaient des frères ou sœurs existants au moment de la donation.

1378. La donation faite par un père, dans la fausse opinion de la mort de son fils absent, pourrait être révoquée par le retour de ce fils.

1379. Le donateur dont le fils unique, au moment de la donation, est mort civilement, serait-il réputé sans enfants?

1380. La naissance d'un enfant légitime fait-elle évanouir la donation faite à une époque à laquelle le donateur avait un enfant naturel? — Distinction. — Non, si la donation dont il s'agit a été faite à l'enfant naturel.

1381. Mais que décider si la donation a été faite, non à l'enfant naturel, mais à un étranger?

1382. L'enfant né d'un mariage nul par l'incapacité de l'un des contractants, et légitimé par la bonne foi de l'autre, donne-t-il lieu à la révocation de la donation?

1383. Le donataire est autorisé à repousser l'action en révocation, en prouvant la fraude d'une prétendue filiation légitime.

1384. Quelles donations sont révocables pour cause de survenance d'enfants. — Des donations pour cause pie dans l'ancien droit.

1385. La loi *Si unquàm* était-elle applicable aux donations à cause de mort?

1386. Dissentiments sur la portée de cette loi relativement aux différentes espèces de donations.

1387. L'ordonnance de 1731 soumit à la révocation toutes les donations quelconques.

1388. Le Code Napoléon adopta ce principe et n'admit d'exception qu'en faveur des donations à cause de mariage, faites entre les conjoints ou par les ascendants des conjoints.

1389. La donation faite entre futurs époux n'est pas même révocable par la survenance d'enfants issus d'un second mariage.

1390. Avant l'ordonnance de 1731, il y avait doute sur le point de savoir si la donation faite par un père à son fils unique était révoquée par la survenance d'autres enfants.

1391. La donation serait irrévocable, même dans le cas où l'ascendant aurait donné à sa bru, ou à son gendre, par contrat de mariage.

1392. *Quid* des donations mutuelles? — Définition et caractère de ces sortes de donations d'après les anciens auteurs.

1393. L'ordonnance de 1731 les regardait comme des donations véritables, et le Code les a soumises aux règles des donations ordinaires.

1394. Différence entre la donation mutuelle et la donation avec charges.

1395. Dans le cas de donation mutuelle, lorsqu'il survient des enfants à l'un des donateurs, la réciprocité de situation étant rompue, la double donation est révoquée.

1396. Les donations avec charges peuvent aussi être révoquées pour cause de survenance d'enfants.

1397. Il en est de même des donations rémunératoires.

1398. *Quid* des remises de dettes et renonciations à des droits acquis. — Distinction.

1399. Peu importe qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'acte de la remise de la dette.

1400. Les donations déguisées sous forme de contrat onéreux peuvent aussi être révoquées pour survenance d'enfants.

1401. Il en est de même des dispositions réglées par l'article 1840 du Code.

1402. Peu importe la valeur des choses données.

1403. Renvoi quant aux donations testamentaires.

1404. La révocation pour survenance d'enfants a lieu de plein droit.

1405. Il suffit au donateur de notifier au donataire la naissance de l'enfant.

1406. La donation étant révoquée, le donateur peut disposer de nouveau, même à titre gratuit, des biens recouvrés.

1407. Espèce jugée par la cour de Riom.

1408. Des personnes auxquelles appartient l'action en révocation.

COMMENTAIRE.

1364. La révocation des donations pour survenance d'enfants (1) tire son origine de la fameuse loi *Si unquàm*, C., *De revoc. donat.*, dont voici les termes: *Si unquàm libertis patronus, filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et posteà susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerit revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum* (2).

Cette loi est une réponse des empereurs à une consultation du préfet de la ville, au sujet d'une contestation entre un patron et un affranchi. Prise textuellement, elle ne parle donc que des donations faites par les patrons à leurs affranchis. Mais l'interprétation remonta jusqu'à la cause même de la décision impériale ; elle y trouva une de ces raisons de piété et d'affection qui ont un caractère de généralité et qui dominent toutes les espèces ; car, comme le dit Cujas : *in omnibus ratio legis valet, quæ posita est in ratione pietatis* (3), et bientôt la loi *Si unquàm* fut étendue par l'usage et par identité de raison,

(1) Voy. l'ouvrage de Tiraqueau sur la loi *Si unquàm*, et le *Traité de la révocation des donat. par survenance d'enfants*, d'Arnaud de la Rouvière, imprimé à la suite du *Traité des donat.*, de Ricard ; d'Olive, 3, 5; Basnage sur l'art. 449 de la *Coutume de Normandie ;* Furgole sur l'ord. de 1731 ; Voët, *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n°s 26 et suiv. ; Cujas, 20, *observ.* 5 ; Fachinæus, 3, *cont.* 85 ; Ferrières *sur Paris*, t. III, p. 1109.

(2) L. 8, C., *De revoc. donat.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 40, n° 48.

(3) *Loc. cit.*

c'est-à-dire, *conjecturâ pietatis*, à tous les donateurs sans exception. Comme elle portait sur un sujet très-intéressant et très-usuel, elle fut l'objet de divers traités et commentaires qui servirent à guider la jurisprudence jusqu'à l'ordonnance de 1731, laquelle sanctionna, par son art. 39, l'extension donnée à la loi *Si unquàm*. La disposition du Code, que nous commentons, est presque tirée mot pour mot de cet art. 39.

1365. Le véritable fondement de cette révocation est donc l'affection paternelle, qui fait supposer que le père, au lieu de donner son patrimoine et sa propre substance, l'aurait réservée pour ses enfants, s'il eût prévu qu'il en aurait. La donation se trouve ébranlée dans sa cause : la loi présume que toute donation, faite par un individu sans enfants, est subordonnée à la condition prévue et acceptée par le donataire; qu'il rendra la chose donnée, si des enfants plus haut placés que lui dans l'affection du donateur, surviennent à ce dernier. La loi parle ici le langage de l'amour paternel ; elle veille pour les enfants à venir ; elle conserve au père de famille des moyens assurés pour nourrir, élever et doter ceux qui seront procréés de son union.

1366. Nous devons reconnaître, cependant, que beaucoup de jurisconsultes très-autorisés ont élevé des doutes sur la légitimité de ce point de droit : je puis citer Doneau (1), Voët (2) et Vinnius (3). Le premier,

(1) Sur la loi *Si unquàm*, n°s 17, 18, 19 et suiv.
(2) *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n° 26.
(3) *Quæst. selectæ*, lib. 2, c. 32.

surtout, a longuement discuté la question. Prenant la loi *Si unquàm* comme un cas particulier et non comme une règle générale, il veut que la faveur particulière accordée par exception à la personne du patron donateur, n'appartienne pas à d'autres. Pourquoi donc étendrait-on la loi *Si unquàm* à des cas qu'elle ne prévoit pas? Pourquoi la faire sortir du cercle restreint qu'elle embrasse? N'y a-t-il pas des principes généraux qui s'élèvent contre cette extension? Sans parler de l'adage d'après lequel les priviléges ne doivent pas être étendus, il est une règle considérable et décisive qui veut que les actes parfaits *ab initio* ne soient pas ébranlés par des événements postérieurs. *Quæ ab initio rectè gesta perfectaque sunt, eventu non infirmantur.* Et cette règle est vraie, même alors que les événements postérieurs mettraient les choses dans une situation qui, si elle eût existé avant le contrat, l'aurait empêché d'avoir lieu (1). Combien, à plus forte raison, est-elle incontestable, lorsque ces événements mettent les parties dans une situation qui n'aurait pas empêché le contrat. Car, enfin, rien n'empêche un homme qui a des enfants de faire une donation à un étranger, et cela se voit tous les jours. On maintiendrait la donation si le donateur avait eu des enfants lorsqu'il a donné, et on refuse de la maintenir parce que n'en ayant pas quand il a donné, il lui en survient *ex post facto!* Où est le motif d'enlever au donataire ce qui lui est acquis, ce qui lui

(1) L. 85, § 1, D., *De reg. juris* (Paul). Instit., *Quib. non est permiss. fac. test.*, § 1, au mot *Furiosi.*

appartient, ce qui lui a été donné sans condition, sans réserve (1)? Depuis quand le regret de l'une des parties peut-il affaiblir la vertu de ce qui a été conclu avec le concours de deux volontés? C'est surtout en matière de donation qu'il faut tenir à ces principes: car les donations sont irrévocables; elles ne cessent de l'être que quand le donateur a exprimé une cause de révocation. Que s'il a gardé le silence, s'il n'a pas dit quand, comment, dans quel cas une révocation pourrait avoir lieu, l'irrévocabilité de la donation est la règle supérieure et inflexible (2).

Est-il vrai, d'ailleurs, que la survenance d'enfants soit suffisante pour opérer la révocation de la donation? Non, et la preuve en est évidente: d'après les lois elles-mêmes, si un testateur n'ayant pas d'enfants fait un legs, sa disposition n'est pas révoquée par la naissance d'un posthume (3). Voilà donc qu'un acte révocable, de sa nature, n'est pas révoqué par la naissance d'un enfant; et l'on voudrait que ce fait révoquât un acte irrévocable (4)!

On parle de la faveur des enfants qui naissent *ex post facto;* sans la nier, il est permis de répondre avec avantage que nul ne peut, par son fait, enlever à autrui un droit ou une action qui lui appartient (5).

(1) L. 2, D., *De his qui sunt sui.* L. ult., D., *De pactis.*
(2) L. 1, D., *De donat.*
(3) L. 16, D., *De jure cod.* (Paul, 21 quæst.).
(4) N° 20 *in fine.*
(5) N° 20.

Au reste, la question est tranchée par saint Augustin, dans un passage remarquable dont s'est emparé le droit canon (1). Un individu, qui n'avait pas d'enfants et qui n'en espérait pas, avait donné tous ses biens à l'Eglise, avec réserve d'usufruit. Plus tard, il eut des enfants et sa position se trouva changée. Que fit alors Aurélius, évêque de Carthage? Il pouvait, assurément, garder tous ces biens d'après le droit civil: néanmoins, il crut que l'équité parlait en faveur de ce père de famille, et il lui fit restitution des biens donnés, quoiqu'il ne s'y attendît pas: *Reddidit episcopus ea quæ ille donaverit: in potestate habebat episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli* (2). Saint Augustin n'était pas étranger au droit, comme le prouvent ses écrits; et le voilà qui nous apprend que de son temps, les lois civiles, les constitutions impériales, ne déclaraient pas les donations entre-vifs révocables pour cause d'ingratitude. La loi *Si unquàm*, antérieure de beaucoup à son époque, n'était donc pas applicable en dehors du cas spécial qu'elle prévoit, et l'on peut dire que telle était l'opinion des jurisconsultes du temps de Théodose.

1367. Les observations de Doneau ne sont pas sans force. Cependant, nous approuvons la jurisprudence qui, s'emparant d'un texte favorable à la cause de la famille, l'a étendu, par une grande identité

(1) *Decreti secunda pars*, c. 17, q. 4, c. 43.

(2) *Jure poli*, c'est-à-dire *jure cœli*. Ce passage est tiré du sermon 2, *De vitâ clericorum*.

de raison, à des cas semblables. Il est certain que celui à qui il survient des enfants, éprouve, dans l'ordre de ses affections, un changement radical et que l'on peut dire, à coup sûr, qu'il ne se serait pas dépouillé pour un étranger, s'il avait connu la tendresse paternelle. D'un autre côté, le donataire peut-il, équitablement, garder des biens qui ne lui ont été donnés que par l'effet de sentiments qui n'auraient pas existé, s'il y eût eu des enfants? Il sera donc assez dur pour se préférer aux enfants de son donateur? Il aura le courage de les voir pauvres, et de se parer des richesses de leur père? Non! la survenance d'enfants est un cas si grave, qu'il donne lieu à une restitution en entier. Les parties ne savaient pas ce qu'elles faisaient; elles se seraient autrement comportées, si le donateur eût su le bienfait que la nature lui réservait. Lui, il n'aurait pas diminué son patrimoine, et le donataire n'aurait pas voulu s'enrichir aux dépens des enfants.

C'est ce qu'avait très-bien compris l'évêque de Carthage, et je ne conçois pas que Doneau cite ce fait à l'appui de sa doctrine. Je veux bien que du temps de saint Augustin, la loi *Si unquàm* n'ait pas reçu l'extension qu'elle a reçue depuis, bien qu'il soit possible de contester cette manière de voir (1). Mais voyez ce qu'en pense l'équité! Voyez ce que la conscience dicte à Aurélius! Et n'est-ce pas une loi civile excellente et profondément philosophique, que celle qui se met ainsi d'accord avec la justice naturelle.

(1) Fachin, 3, *cont.* 86.

C'est donc après avoir fouillé dans les entrailles même de la nature que le législateur a décidé que toute donation entre-vifs, faite par un homme sans enfants, contient en soi implicitement, mais nécessairement, la condition : *si liberos non susceperit.*

1368. Disons, toutefois, que, lors de la rédaction du Code Napoléon, le système de Doneau trouva des appuis dans le conseil d'État (MM. Treilhard et Tronchet, par exemple (1)); un article avait même été proposé dans le projet pour le consacrer, et abroger, sur ce point, l'ordonnance de 1731 (2). Le consul Cambacérès contribua beaucoup à faire rejeter cette innovation (3), et à maintenir le droit ancien.

Il est vrai qu'un motif puissant d'économie politique peut être invoqué pour combattre notre article 960. On dit qu'il en résulte une grande incertitude dans les propriétés, que les enfants peuvent ne venir qu'un grand nombre d'années après la donation, que le donataire s'est accoutumé à jouir de la chose, qu'il a pu l'aliéner, se la constituer en dot et intéresser des tiers à sa possession.

Ces considérations ont de l'importance; mais elles ne peuvent l'emporter sur la loi naturelle qui subordonne toutes les affections à l'affection paternelle (4). Le donataire sait à quoi s'en tenir; il doit régler sa conduite, ses espérances et ses actes sur le droit résoluble qui lui a été conféré.

(1) Fenet, t. XII, p. 374, 375.
(2) Art. 65 (Fenet, p. 372).
(3) Id.
(4) M. Bigot de Préameneu (Fenet, t. XII, p. 551).

1369. Il faut maintenant parler des enfants dont la naissance fait révoquer la donation.

Des questions assez délicates se présentent ici, et l'on prévoit sans peine que ce sont les enfants naturels qui les font surgir.

Et d'abord, il est clair que ce sont les enfants légitimes qui ont été l'objet de la pensée du législateur. Il n'a fallu rien moins que la famille, et les affections puissantes qu'elle entretient, pour ébranler des actes qui, par leur nature, sont inébranlables.

C'est donc, avant tout, des enfants légitimes que parle l'art. 960. La légitimité a des droits si considérables qu'elle s'élève au-dessus de tous les autres intérêts. Si l'enfant n'est pas protégé dans son état par le loyal mariage de ses père et mère, sa naissance n'a pas d'efficacité pour renverser une donation irrévocable (1).

1370. On ne pouvait cependant pas exclure les enfants naturels légitimés ; car la légitimation par mariage subséquent efface l'irrégularité originaire de la naissance (2). Elle fait supposer que l'enfant a toujours été légitime. *Legitimatus non differt à legitimo* (3). Aussi notre article assimile-t-il l'enfant légitimé à l'enfant légitime.

1371. Mais, comme il y a deux traits de temps dans l'état d'un enfant légitimé, à savoir : la nais-

(1) Normandie, art. 449. Furgole, *quest.* 17, nos 1 et 2.

(2) Art. 333 C. Nap.

(3) Godefroy sur la loi 8, C., *De revoc. donat.* Louet et Brodeau, lettre *D*, somm. 52, nos 4 et 7. Maynard, 4, 13, 6, 57.

sance et la légitimation postérieure, on s'est demandé quel devrait être le sort d'une donation placée entre le premier et le second événement. La légitimation, acte civil en quelque sorte, acte de la loi, sera-t-elle assimilée au fait naturel de la naissance de l'enfant légitime? Quoique l'enfant naturel soit né avant la donation, la légitimation, qui intervient après, fera-t-elle tomber la donation ainsi que le ferait la naissance d'un enfant légitime?

L'ancienne jurisprudence avait varié sur ce point délicat. Dumoulin et Furgole soutenaient que la légitimation, postérieure à la donation, d'un enfant né auparavant n'ébranlait pas la donation (1). Mais le plus grand nombre s'était prononcé en sens contraire; suivant eux, ce n'était pas la naissance du bâtard qu'il fallait considérer, mais la légitimation seule, laquelle engendre les affections honnêtes, que la loi veut protéger (2). On pensait que les enfants étaient censés nés du jour de la légitimation (3), qu'ils renaissaient en quelque sorte par ce changement d'état, *jure regenerationis* (4). Les arrêts avaient adopté ce dernier parti, et l'ordonnance de 1731 leur avait donné la préférence (5). On peut voir dans

(1) Voy. Furgole, quest. 17, n° 43. Dumoulin sur le conseil 366 de Decius.

(2) Brillon, v° *Donation*, n° 223, cite deux arrêts. Ferrières, t. III, p. 1136.

(3) Despeisses, t. I, p. 459.

(4) Justinien, *nouelle* 17, C. ult.

(5) Art. 39.

Dumoulin un exemple remarquable de cette jurisprudence et de ses effets.

Bertrand de Pellegure avait fait une donation, par contrat de mariage, à son frère Guillaume de Pellegure qui épousait la demoiselle de Caumont. Il avait, à ce moment, deux enfants d'une concubine. Guillaume mourut plusieurs années après, laissant deux filles de son mariage. Les choses en étaient là, lorsque Bertrand épousa sa concubine et légitima ses deux bâtards. En même temps, il intenta une action en révocation de la donation faite à son frère par le contrat de mariage, et il gagna son procès au grand conseil, après avoir été au moment de le gagner au parlement de Bordeaux (1). Quelle rigueur pour les enfants légitimes nés de l'union que Bertrand avait voulu favoriser !

Le Code civil, frappé de ces inconvénients, a fait prévaloir le sentiment de Dumoulin et de Furgole.

Il faut considérer, en effet, que l'amour paternel, qui est le fondement de la révocation, ne prend pas sa source dans la légitimation, mais bien dans la nature et dans la liaison du sang (2). C'est presque toujours, en effet, à cause des enfants, et par suite de la tendresse que le père a pour eux, qu'il se décide au mariage (3). Il éprouve donc dans son cœur les sentiments qui protégent leur sort et leur avenir, et l'on peut supposer raisonnablement dès lors, que

(1) *De donat. in cont. mat. fact.*, n° 83. Boerius, q. 157.

(2) Furgole, *loc. cit.*, n° 48.

(3) L. 10, C., *De nat. liberis*, a fait cette remarque très-juste.

s'il a fait la donation, c'est qu'il a eu des motifs raisonnables, éclairés, puissants qui n'auraient pas été affaiblis par la présence d'un enfant légitime à la place d'un enfant naturel. Quelle est la base de la révocation? C'est que le père n'aurait pas fait la donation, *si cogitasset de liberis.* Or, cette circonstance manque ici, puisque le père avait des enfants, puisqu'il a pu penser à eux, puisque son affection était éveillée sur leurs intérêts.

Il est vrai que la légitimation, qui vient plus tard, augmente les droits de l'enfant. Mais augmente-t-elle la tendresse du père? Non! L'expérience prouve tous les jours que la nature a des droits essentiels qui ne dépendent par de tel ou tel fait civil. On a vu des pères plus ardents dans leur amour pour un enfant naturel que pour un enfant légitime; on a vu dans leur cœur une sollicitude et une vigilance d'autant plus grandes, que la loi protége moins les fruits d'unions irrégulières.

1372. Quant aux enfants naturels même reconnus, leur naissance et leur reconnaissance ne sauraient influer sur les donations antérieures. La révocation d'un acte de soi irrévocable est un fait trop grave pour pouvoir profiter à des situations qui n'ont pas pour elles l'autorité de la légitimité(1). Le donateur ne peut d'ailleurs porter atteinte à un acte irrévocable par le fait de la reconnaissance qui dépend de son libre arbitre, et dont le caractère est tout potestatif.

(1) *Suprà,* n° 1369. Despeisses, t. I, p. 465. Tiraqueau sur la loi *Si unquàm,* sur ces mots : *Susceperit liberos,* n° 56.

1373. Ceci nous conduit à décider que l'adoption n'opère pas non plus la révocation des donations faites par l'adoptant (1). D'ailleurs l'enfant adopté n'est pas nommé dans notre article. Il ne devait pas l'être. L'adoption est une fiction ; elle procède de la volonté de l'homme. On ne saurait lui attribuer des droits exceptionnels qui proviennent de la nature de la conception, et du mariage (2).

1374. Il ne suffit pas que les enfants survenus après la donation, du vivant du donateur ou seulement après sa mort, soient légitimes ou légitimés ; il faut encore qu'ils soient nés viables : car *qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur* (3).

Ce que nous avons dit à cet égard ci-dessus (4), nous permettra d'être très-court ici. Nous nous bornerons à rappeler que la viabilité se constitue de deux éléments, naissance à temps et constitution parfaite ; ce que les jurisconsultes expliquent par ces mots : *maturus, perfectè natus*. En ce qui concerne le temps, l'art. 312 du Code Napoléon déclare qu'un enfant né le cent quatre-vingtième jour est capable de viabilité ; en ce qui concerne la perfection des organes qui maintiennent la vie, il faut que l'enfant

(1) Despeisses, *loc. cit.* Mais il donne de mauvaises raisons.

(2) Cassat., req., 2 février 1852 (*Droit*, n° du 13 mars 1852). Cet arrêt est très-bien motivé. Il rejette un pourvoi formé contre un arrêt de Rouen.

(3) L. 129, D., *De verb. signif.*

(4) N°s 601 et suiv.

vivus totus procedat, qu'il soit animé d'un esprit vital qui se manifeste d'une manière non équivoque; car un mouvement de palpitation qui ne serait que le dernier souffle d'une existence déjà finie au moment où l'enfant paraîtrait à la lumière, ne serait pas un indice de viabilité (1).

1375. On doit appliquer ici ce que nous avons dit ci-dessus de l'enfant venu au monde par suite de l'opération césarienne (2), et du part monstrueux (3).

1376. La révocation aurait également lieu quoique l'enfant, né après la donation, fût conçu avant. Car si l'enfant conçu est assimilé à l'enfant né, ce n'est, comme le dit Cujas (4), que *cùm de commodis suis quæritur*. On ne peut donc tourner contre lui une faveur de la loi. D'ailleurs le père peut ignorer la conception, et tout le monde sait que ce n'est que lorsqu'un enfant est né qu'un père ressent tout le bonheur de le posséder (5).

1377. Les enfants qui naissent après que leur père a fait une donation, en opèrent-ils la révocation, lorsque déjà ils avaient des frères existants au moment de la donation?

Cette question ne peut recevoir qu'une résolution

(1) *Junge* Furgole sur l'art. 39 de l'ord. de 1731. Louet et Brodeau, lettre *E*, somm. 5. Tiraqueau sur la loi *Si unquàm*, n° 205.

(2) N° 604.

(3) N° 605.

(4) *Suprà*, n° 599.

(5) Art. 40 de l'ord. de 1731. *Infrà*, art. 961. Ce point était très-controversé avant l'ord. de 1731.

négative : dans le cas posé, le motif qui a excité la prévoyance de la loi n'existe pas, et puisque le père avait des enfants lors de la donation, on peut opposer aux derniers venus la fin de non-recevoir : *cogitatum est de liberis*. Il est alors certain que le donateur a préféré le donataire à ses enfants existants. Pour quel motif ne l'aurait-il pas préféré à des enfants à naître, pour lesquels il ne pouvait se sentir touché d'aucun sentiment d'affection paternelle. L'art. 960 exige, comme condition essentielle, que le donateur n'ait pas eu d'*enfants actuellement vivants au moment de la donation :* la loi *Si unquàm* disait aussi : *filios non habens* (1).

1378. *Quid*, si le donateur avait un enfant absent qu'il crût mort, et s'il était établi que ce fût par la fausse opinion de sa mort qu'il eût fait la donation? Le retour de l'enfant absent opérera-t-il la révocation de la donation? L'affirmative était généralement adoptée dans l'ancienne jurisprudence (2). Elle doit l'être encore aujourd'hui et la donation succombe, sinon par l'art. 960, du moins parce qu'elle est fondée sur une fausse cause qui a égaré la volonté du

(1) Cette question a été cependant controversée. Voyez Favre, C., tit. *De revoc. donat.*, déf. 8.

(2) Tiraqueau sur ces mots : *Filios non habens*, n°s 15, 16, 17. Furgole, quest. 19. Pothier, introd. à la *Cout. d'Orléans*, t. XV, n° 100. La Rouvière, ch. 12. M. Grenier, *Donat.*, n° 183. Tous ces avis sont conformes à ce que dit Angelus dans un de ses conseils, que c'est la même chose de n'avoir pas d'enfants, ou d'avoir des enfants et de ne le pas savoir, *cons.* 108. *Contrà*, Toullier, n° 299.

donateur et lui a fait faire ce qu'il n'aurait pas fait (1).

1379. Pothier, dont l'opinion est suivie par M. Grenier, pense (2) que le donateur serait réputé sans enfants, si lors de la donation il avait un enfant légitime, mais qui fût mort civilement et incapable de succéder. Suivant ces jurisconsultes, la donation faite par le père serait révoquée par la naissance d'un autre enfant, postérieure à la donation. M. Toullier n'adopte pas cette interprétation favorable (3). On est, cependant, bien tenté de se ranger, en pareil cas, à ces équitables enseignements du droit romain : « *Non possunt omnes articuli sigillatim aut legibus* » *aut senatus consultis comprehendi : sed quùm in* » *aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is qui* » *jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus* » *dicere debet* (4). *Nam, ut ait Pedius, quoties lege ali-* » *quid unum vel alterum introductum est, bona occasio* » *est cætera quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel* » *interpretatione, vel certè jurisdictione supplere* (5). » J'incline donc vers la révocation, parce que je me pénètre des intentions du père, qui n'a donné à des tiers que parce qu'au moment de la donation, la voix de la nature ne pouvait être écoutée par lui (6).

(1) Arg. des lois 28, D., *De inoffic. test.* (Paul), et l. ult., D., *De hæred. instit.* (id.).

(2) *Loc. cit.*

(3) T. V, n° 300.

(4) L. 12, D., *De legib.*

(5) L. 13. D., *De legib.*

(6) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 145, 146, 147.

1380. Une question plus difficile est celle de savoir si la naissance d'un enfant légitime fait évanouir la donation faite à une époque à laquelle le donateur avait un enfant naturel. Pour la résoudre, il faut distinguer deux cas : ou la donation a été faite à l'enfant naturel lui-même, ou elle a été faite à un étranger.

Le premier cas n'a pas échappé à la sagacité des anciens auteurs. Mais s'ils ont résolu la difficulté contre l'enfant naturel donataire (1), c'est parce que dans l'ancien droit les bâtards étaient odieux, comme fruits de l'incontinence (2); c'est que leur père ne pouvait que leur donner des aliments et que les libéralités immodérées arrachées à la faiblesse du cœur paternel, étaient toujours réductibles en ce qui les concerne, même au profit des héritiers collatéraux ou étrangers (3).

Et, néanmoins, Furgole reconnaissait que si on examinait la question en se dégageant de l'indignation méritée par les bâtards, et en se pénétrant de l'esprit de la loi *Si unquàm*, elle pourrait souffrir beaucoup de difficultés.

Sous le Code Napoléon, les enfants naturels ne sont plus traités avec tant de dureté, de défaveur et de colère. Ils ont des droits de succession, même une réserve. Il n'est donc plus défendu de les faire pro-

(1) Furgole, quest. 18. Maynard, liv. 4, ch. 13, Charondas, rép. 4, 9.

(2) Furgole, *loc. cit.*, nos 8 et 9.

(3) Id.

fiter du véritable esprit de la loi *Si unquàm*, et de l'art. 960 du Code Napoléon.

Un nommé Biscuit avait eu une fille naturelle et l'avait mariée, en lui constituant en dot ses maisons, d'un revenu de 10,000 fr.

Plus tard, Biscuit avait contracté un légitime mariage. Il en était résulté une fille.

Biscuit finit par devenir fou et par tomber en faillite.

Après sa mort, sa fille légitime reconnaissant que sa sœur naturelle avait des droits résultant de sa naissance, mais trouvant que son père l'avait traitée avec un excès de faveur, exerça l'action en réduction. Il n'en fut pas de même des créanciers de Biscuit; ils soutinrent que la donation de 10,000 fr. de rente devait être révoquée pour le tout, parce qu'à l'époque de la donation Biscuit n'avait pas d'enfant légitime et qu'il lui en était survenu un après la donation. Du reste, ces créanciers étaient postérieurs à la donation.

On voit, par là, ce qu'il y avait de singulier dans la situation. L'art. 960, établi dans l'intérêt de l'enfant légitime, n'était pas invoqué par l'enfant légitime; il se contentait de la réduction, lui seul devant en profiter. L'art. 960 était invoqué par des créanciers, étrangers à la famille, et porteurs de titres auxquels la donation antérieure n'avait pas porté de préjudice.

Mais ce n'était pas seulement là qu'était le côté faible de la prétention des créanciers; il était dans cette circonstance, que la donation était faite non

pas à un étranger, mais à un enfant naturel du donateur, reconnu et marié par lui ; or, l'enfant naturel a des droits sur la succession de son père ; il y a une réserve (1). Les excessives sévérités de l'ancien droit ont été adoucies. L'enfant naturel, quoique inférieur à l'enfant légitime, n'est pas abandonné à l'aumône alimentaire du père ou de la famille. Le père, en le dotant, ne fait que remplir un devoir naturel ; il fait un avancement d'hoirie. Loin de heurter les sentiments de la nature, il s'y conforme : seulement sa donation est sujette à rapport ou à réduction. Mais comment serait-elle sujette à révocation ? Est-ce que, lors même que le père aurait des enfants légitimes, il n'a pas des devoirs précis à remplir envers ses enfants naturels ? Est-ce que lorsqu'il remplit ces devoirs, comme doit le faire un homme d'honneur et un homme de cœur, il est répréhensible ? Est-ce qu'il peut y avoir lieu à répétition, quand il s'agit de l'accomplissement d'une obligation naturelle ? Autrefois, les auteurs les plus rigides tenaient pour certain que les donations faites par le père à l'enfant illégitime, pour aliments, n'étaient pas sujettes à révocation, parce que le père ne faisait que satisfaire à une obligation (2). Aujourd'hui, cette idée doit être étendue aux donations quelconques, parce qu'elles ne sont qu'un payement anticipé de droits successifs, incontestables et assurés. L'art. 960 n'est donc pas fait pour ébranler les donations faites

(1) Art. 757, 758, 760, 908.
(2) Furgole, *loc. cit.*, n° 14, et Maynard. Il cite un arrêt.

à un enfant naturel. On le répète : comme enfant naturel il a des droits, et l'art. 960 ne s'occupe que des donations faites à des étrangers, sans droits nécessaires.

C'est ce qu'a très-bien jugé la cour de cassation, par arrêt de la chambre des requêtes, du 10 juillet 1844, auquel j'ai concouru et qui est motivé à son véritable point de vue par des considérants irrésistibles (1). Il ne faut pas généraliser cet arrêt en l'étendant hors de son cas. Dans son ordre d'idées, il est excellent : transporté dans une autre sphère, il manquerait d'application (2).

1381. Mais supposons maintenant que la donation, au lieu d'être faite à l'enfant naturel lui-même, soit faite à un étranger. Le donateur se marie ultérieurement et a un enfant légitime. La survenance de cet enfant fera-t-elle évanouir la donation?

Sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, cette question ne pouvait pas être douteuse : on en a vu ci-dessus les raisons (3). Le bâtard, à cause de son indignité et de sa défaveur, n'était pas considéré comme pouvant susciter dans le cœur du père les sentiments d'affection profonde et de conservation, qui accompagnent la paternité légitime. Cela était si vrai, que quand son père le légitimait par mariage subséquent, il n'y avait que la légitimation seule qui

(1) Devill., 44, 1, 506; Dalloz, 44, 1, 237; Palais, 44, 2, 326.

(2) Voy., pour prouver cela, l'arrêt de la cour de Paris qu'il confirme (Devill., 44, 2, 49 et 50).

(3) N° 1371.

pût faire crouler les donations faites entre l'époque de la naissance et celle de la légitimation. L'enfant ne comptait pour quelque chose que du jour de la légitimation. Quant à sa naissance naturelle, elle n'avait pas d'influence sur les donations faites postérieurement; elle n'était pas censée exercer assez d'empire sur le cœur du donateur, pour qu'on pût dire de ce dernier : *Cogitatum est de liberis.* Il suit, de ces idées, que la naissance d'un enfant légitime (aussi puissante tout au moins que la légitimation qui n'en était qu'une imitation) devait opérer la révocation des donations antérieures faites par un homme qui n'avait que des enfants naturels. Et c'est en ce sens, que les auteurs se prononçaient (1) : « Il n'y a que les enfants légitimes, disait Pothier, » qui soient regardés comme enfants et appelés aux » biens de leur père. C'est pourquoi la donation ne » sera pas moins sujette à révocation par survenance » d'enfants, quoique le donateur eût des bâtards » lors de la donation. »

Mais sous le Code Napoléon peut-il en être de même? Nous avons montré, ci-dessus, que le Code Napoléon a accordé à l'existence de l'enfant naturel beaucoup plus d'autorité que l'ancien droit (2) ; qu'il prend en grande considération l'affection du père pour son fils naturel ; que cette affection est à ses yeux assez puissante pour lui faire supposer qu'elle retiendra le père dans la voie des libéralités irréflé-

(1) Pothier, *Donat. entre-vifs*, sect. 3, art. 2, § 2.
(2) N° 1371.

chies (1). N'est-ce pas assez de ces considérations pour résoudre la question dans le sens du maintien de la donation (2)? Remarquez bien qu'il ne s'agit pas ici d'un simple bâtard qu'on n'avoue pas, mais d'un enfant que le père a reconnu, à qui il a donné son nom, à qui il est censé vouloir donner les moyens de le soutenir honorablement; d'un enfant qui, par cette identité de nom, se rattache profondément à lui, et est la continuation de lui-même. Comment, dès lors, pourrait-on dire que celui qui a un enfant naturel reconnu, a ignoré la tendresse paternelle? Est-ce que cet enfant n'a pas été un objet de sollicitude? Est-ce que son père n'a pas su qu'il y avait dans son patrimoine une réserve pour lui? Est-ce qu'il n'a pas dû penser à son établissement, à son avenir, peut-être même à sa légitimation? Est-ce que toutes ces préoccupations si naturelles n'obligent pas à dire : *Cogitatum est de liberis?*

Ajoutons que l'art. 960, en parlant du père qui n'a pas d'enfants, n'a pas distingué l'enfant légitime de l'enfant naturel; il n'a pas dit que sa disposition ne doit s'appliquer qu'au père qui a des enfants légitimes. D'un autre côté, quand l'art. 960 veut que la légitimité devienne une condition essentielle à con-

(1) Voy. aussi Furgole au lieu cité, n° 1371, et quest. 18, n° 29. « Le père, dit-il, est censé avoir un amour aussi fort » pour ses enfants naturels que pour ses enfants légitimes. »

(2) M. Pont, *Revue de législ.*, 1844, p. 624. *Contrà*, Conclus. de M. Hébert, procureur général à Paris (Devill., 44, 2, 49). MM. Duranton, t. VIII, n° 875. Bayle-Mouillard, t. II, p. 140.

sidérer, il le déclare expressément, ainsi qu'on le voit par la suite de l'article qui n'attache la révocation qu'à la survenance de l'enfant légitime.

On craint que cette manière d'interpréter l'article 960 ne tende à mettre sur un pied d'égalité les enfants naturels et les enfants légitimes : *Ne plùs prodeat luxuria quàm castitas*, comme disait Dumoulin (1). C'est pousser les choses trop loin : il y aura toujours des différences entre l'enfant né d'un légitime mariage et celui qui est né *ex vili concubinâ*, pour nous servir des termes du même auteur (2). Oui, sous le rapport de la dignité, la loi, les mœurs, la décence publique maintiendront de constantes barrières et une inégalité favorable au mariage. Mais il s'agit ici d'autre chose : il s'agit de l'affection du père pour ses enfants, et il est certain qu'au point de vue du sentiment, seul à considérer ici, la nature parle un langage également affectueux pour tous les enfants sans distinction. Il n'y a rien de contraire à l'honnêteté à dire, de celui qui a un enfant naturel qu'il a voulu reconnaître pour lui assurer des droits : *Cogitatum est de liberis !!!* Il faut donc supposer que, s'il a donné à un étranger, c'est par des motifs sérieux, c'est avec connaissance de cause ; et sa donation n'est pas fondée sur l'ignorance d'une affection qui, s'il l'eût connue, aurait retenu sa libéralité.

Remarquez, d'ailleurs, que l'enfant légitime qui

(1) Sur le conseil 366 de Decius.
(2) *De donat. in contract. mat. fact.*, n° 83.

survient a pour lui l'action en réduction; qu'en principe, les donations sont irrévocables, et qu'il est dangereux de les révoquer hors des cas expressément prévus par la loi (1).

1382. Passons maintenant à une autre question.

Elle consiste à savoir si l'enfant né d'un mariage nul par l'incapacité de l'un des contractants, et légitimé par la bonne foi de l'autre, donne lieu à la révocation de la donation (2). Les auteurs les plus versés dans cette matière la résolvent par la bonne ou la mauvaise foi du donateur. Si le donateur est dans la bonne foi quand il se marie, la naissance d'un enfant fait évanouir la donation; mais, s'il est dans la mauvaise foi, la donation subsistera : il ne saurait tirer parti de son méfait (3). Il est vrai que l'intérêt des enfants est le motif principal qui a fait établir la révocation; mais on ne peut pas dire que c'est à eux que reviennent les biens donnés : *Totum quidquid revertatur, in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum*, dit la loi *Si unquàm*. Le père qui a recouvré les biens peut en disposer à sa fantaisie; il peut les vendre, les dissiper, au préjudice des enfants qui les ont fait rentrer dans ses mains. C'est lui

(1) J'ai conservé mes notes sur l'arrêt du 10 juillet 1844. M. Delangle, alors avocat général, conclut dans le sens de la non-révocation, en donnant à l'art. 960 l'interprétation de droit que nous lui donnons. Toutefois un arrêt de Douai, du 7 juin 1850 (Devill., 50, 2, 402), consacre l'opinion de la révocation.

(2) Furgole, quest. 17.

(3) Art. 202 C. Nap.

seul qui en profite en premier ordre, parce que c'est lui seul que la loi restitue en entier contre la fausse situation où il était lors de la donation (1).

La légitimité des enfants n'est, d'ailleurs, qu'une faveur accordée contre la rigueur du droit, et elle ne peut préjudicier à des droits acquis.

Remarquez que les art. 201 et 202 du Code Napoléon, relatifs aux mariages putatifs, ne disent pas que l'enfant est rendu légitime par la bonne foi de l'un des époux ; ils disent seulement que le mariage produit des effets civils en faveur de l'époux de bonne foi et des enfants. On ne peut donc pas classer ces enfants parmi les enfants légitimes dont parle l'art. 960. D'un autre côté, le mariage ne devant pas produire d'effets au profit de l'époux de mauvaise foi (2), sur quoi se fonderait-il pour exercer l'action en révocation qui n'appartient qu'à lui (3) ? Pourrait-il se prévaloir d'un mariage qui est le fruit de son dol, et d'une naissance qui, à son regard, est infectée d'un vice de bâtardise? En un mot, la question aboutit à ceci, dans ses termes les plus simples : la condition de la survenance d'un enfant légitime est-elle accomplie, oui ou non? A quoi il faut répondre par la négative; car un homme qui a fait, par sa

(1) Furgole, *loc. cit.* Pothier, *Orléans*, int., tit. 15, n° 104. MM. Grenier, t. II, n° 191; Toullier, t. V, n° 302; Dalloz, *Disp. entre-vifs*, p. 393, n° 14; Bayle-Mouillard *sur Grenier, loc. cit.*

(2) Art. 201 et 202.

(3) Furgole, *loc. cit.*, et quest. 16, n°s 10, 11, 12.

fraude, un mariage nul, un homme qui, en réalité, n'est pas marié, ne saurait avoir un enfant légitime. Si son fils jouit des effets civils du mariage, c'est une exception attribuée à la seule bonne foi, mais qui ne change pas la situation de l'auteur du méfait (1).

1383. A plus forte raison le donataire contre lequel s'exercerait l'action en révocation serait-il autorisé à repousser une fausse filiation légitime qui cacherait son usurpation sous des dehors colorés.

On a vu un donateur chercher les moyens de révoquer la donation en faisant apparaître, par voie de suppression d'état et de supposition de part, une naissance simulée.

Le donataire peut être admis à prouver cette fraude. On lui opposerait vainement que c'est admettre un tiers à contester l'état d'un enfant : c'est tout simplement l'admettre à contester la révocation de la donation ; c'est l'admettre à défendre son droit de propriété contre des actes frauduleux ; c'est l'admettre à ce qui est de légitime défense et de droit naturel (2).

1384. Il faut voir maintenant quelles donations sont révocables pour survenance d'enfant.

(1) MM. Delvincourt, t. II, note 2. p. 80), et Duranton, t. VIII, n° 586, pensent que l'action existe au profit des enfants : c'est une erreur. Furgole, quest. 16, n°s 10, 11, 12. MM. Guilhon, n° 775, et Vazeille, n° 9, pensent que le donateur de mauvaise foi peut intenter l'action.

(2) Bordeaux, 8 juillet 1847 (Devill., 48, 2, 727),

Autrefois, beaucoup de questions avaient été agitées sur ce point, et les auteurs en donnaient des solutions diverses.

Par exemple, la cause pie s'était arrogé une multitude de priviléges énumérés par Tiraqueau dans son fameux traité *De privilegiis causæ piæ*, et cette faveur qu'on lui accordait faisait que quelques auteurs, et entre autres Fachin (1), pensaient que les donations à l'église étaient exemptes de la loi *Si unquàm*. Mais nos meilleurs jurisconsultes, Dumoulin, Papon, Ricard, Furgole et autres, avaient repoussé cette prétention ultramontaine, au point qu'elle était tombée en discrédit (2).

1385. On avait aussi agité la question de savoir si la donation à cause de mort était révoquée par survenance d'enfants, question beaucoup plus grave que la précédente. Tiraqueau (3), Coquille (4), Mantica (5) et Godefroy (6) avaient opiné pour l'affirmative, pensant que la donation à cause de mort, étant révocable de sa nature, était moins favorable que la donation entre-vifs, qui est irrévocable; que, d'ailleurs, le motif de la loi *Si unquàm* n'était pas moins applicable aux donations à cause de mort

(1) 3, cont. 86.

(2) Furgole, quest. 13.

(3) Sur la loi *Si unquàm*, sur ces mots : *Donatione largitus*, n° 246 à 249.

(4) *Sur Nivernais, Des donat.*, art. dernier, et quest. 292.

(5) *De conject. ult. vol.*, XII, 7, 9.

(6) Sur la loi *Si unquàm*.

qu'aux donations entre-vifs. Mais Cujas (1), Ferrières (2), Ricard (3) et Furgole (4) enseignaient, au contraire, que la loi *Si unquàm* ne parlait que des donations entre-vifs ; que, puisque ce genre de libéralités était irrévocable, il avait fallu nécessairement un texte de loi pour opérer la révocation ; mais que cela était inutile pour la donation à cause de mort, essentiellement révocable ; que, par conséquent, le donataire ne révoquant pas, la donation subsistait ; qu'enfin, d'après les lois 15, § 1, et 37, D., *De mortis causâ donat.*, les donations à cause de mort se révoquent de la même manière que les legs auxquels elles sont comparées (5). Or, selon l'authentique *Ex causâ*, C., *De liberis præteritis*, la naissance d'un enfant laisse subsister les legs contenus dans le testament.

1386. On n'était pas d'accord non plus sur la révocation des donations mutuelles, ou rémunératoires, ou avec charges, par la loi *Si unquàm ;* sur l'application de cette loi aux renonciations à un droit ou à un héritage, aux remises de dettes, aux donations en faveur de mariage, etc. On voit par là combien de difficultés assiégeaient la matière de la révocation pour survenance d'enfants.

1387. L'art. 39 de l'ordonnance de 1731 coupa

(1) Sur le tit. du C., *De donat.*, et observat. 20, 5.
(2) *Sur Paris*, t. III, p. 1128.
(3) Part. 3, n° 618.
(4) Quest. 12. Il traite la question très-savamment.
(5) Justinien, *Instit.*, *De donat.*, § 1.

dans le vif toutes ces discussions et réforma sur beaucoup de points les opinions les plus accréditées, en soumettant à la révocation toutes les donations quelconques, à quelque titre qu'elles fussent faites, même mutuelles ou rémunératoires, et de quelque valeur qu'elles pussent être (1). Le Code Napoléon, art. 960, copie à peu de chose près cette disposition, et son but est tout aussi favorable à la cause des enfants. Nous allons néanmoins en dire quelques mots, afin de lever tous les doutes.

1388. Et d'abord, parlons des donations à cause de mariage. Les donations de ce genre, faites par des étrangers, n'ont jamais été considérées, depuis Dumoulin (2), comme affranchies de la révocation. La présomption de la loi se présente ici comme dans toutes les autres donations, et la grande faveur du mariage n'a pu faire écarter cette présomption (3).

(1) D'après Cujas, 5, *observ.* V. Furgole a traité la question, *quest.* 15.

(2) Nous disons depuis Dumoulin ; car, avant lui, on tenait l'opinion contraire. Mais ce grand jurisconsulte, ayant soutenu un procès contre son frère, pour demander la révocation, pour survenance d'enfants, d'une donation qu'il lui avait faite par contrat de mariage, présenta la question sous une nouvelle face, et le parlement révoqua la donation par arrêt prononcé en robes rouges. Voy. son traité *De donat. factis in cont. mat.* L'arrêt est de 1551 (Louet, lettre *D*, somm. 52). Depuis, la jurisprudence devint constante. Cependant Voët enseigne la vieille opinion et combat la nouvelle, embrassée par Favre (*Ad Pand.*, t. V, lib. 39, n° 34).

(3) Furgole, *quest.* 11. La Rouvière, ch. 10.

Mais notre article excepte de la révocation les donations faites par les conjoints l'un à l'autre; car ces donations sont faites pour favoriser le mariage, et par conséquent avec un esprit de prévoyance sur les enfants qui en proviendront. Alors on peut dire du donateur : *De liberis cogitavit.* Dumoulin avait pensé le contraire; mais son opinion était isolée, et La Rouvière va même jusqu'à le taxer d'aveuglement. L'ordonnance de 1731 faisait la même exception que notre article (1).

1389. Cette exception est tellement générale, que la donation faite entre époux n'est pas même révocable par la survenance d'enfants issus d'un second mariage (2). Supposez que Titius donne une terre à sa future épouse par contrat de mariage. Elle meurt sans enfants, et, faute d'avoir stipulé le retour en cas de survie, la terre passe aux héritiers collatéraux de l'épouse. Titius se remarie; il naît plusieurs enfants de ce second mariage : la naissance de ces enfants ne révoque pas la donation (3).

On pourrait cependant incliner à croire que, dans la pensée de l'ordonnance de 1731 et du Code Napoléon, ce n'est qu'en songeant aux enfants communs que le législateur a excepté les donations dont il

(1) « *Donatio etiàm favore matrimonii, non proprii, sed* » *alieni facta revocatur ob supervenientiam liberorum.* » (Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 2.)

(2) Cassat., 29 messidor an XI (Devill., 1, 1, 834). M. Merlin, Quest. de droit, v° *Révocation de donation.*

(3) *Junge* Toullier, t. V, n° 310. M. Duranton, t. VIII, n° 582. M. Bayle-Mouillard sur *Grenier*, t. II, p. 172.

s'agit de la révocation (1). Mais ce serait une erreur ; car la donation a été faite dans des circonstances où le donateur a pensé aux enfants qu'il pourrait avoir : *Cogitatum est de liberis.* Le motif de la révocation manque donc ici dès l'origine, et l'on ne saurait ébranler la donation faite précisément en vue de l'union dont le donateur espère des enfants.

1390. La seconde exception portée par notre article à la révocabilité, par survenance d'enfants, des donations, même par contrat de mariage, est dans le cas de donation faite, par contrat de mariage, par un ascendant aux conjoints.

Cette exception paraît inutile au premier coup d'œil, puisqu'il n'y a de révocables, par survenance d'enfants, que les donations faites par un individu n'ayant pas d'enfants ; mais elle n'était pas surabondante dans l'ordonnance de 1731, d'où elle a été tirée. En effet, à l'époque où cette ordonnance occupa le chancelier D'Aguesseau, il s'était introduit une opinion qui avait quelque crédit au barreau ; c'est que la donation faite par un père à son fils unique était révoquée par la survenance d'autres enfants. Balde, sur la loi 1, C., *De inoff. donat.*, et Ripa en étaient les principaux appuis. De là on avait été induit à examiner si, lorsqu'un père constituait la plus grande partie de ses biens à sa fille unique en la mariant, cette constitution de dot était révoquée par

(1) M. Grenier, n° 199, en se prévalant des passages de Furgole, quest. 49, n° 4, et de Prevot de la Jannès, t. II, n° 465. Mais ces passages ne sont qu'énonciatifs.

la survenance d'autres enfants. L'avis le plus raisonnable était qu'il n'y avait pas de révocation possible, et c'était celui des plus fameux docteurs (1), suivant lesquels la donation n'était que réductible jusqu'à concurrence de la légitime des enfants nés postérieurement. Mais il suffisait qu'il y eût doute pour que l'ordonnance de 1731 dût trancher la difficulté, et c'est par ce motif qu'on y trouve l'exception *de quâ agitur*.

1391. La donation serait irrévocable lors même que l'ascendant aurait fait la donation à sa bru par le contrat de mariage, les termes de notre article levant toute espèce de doute à cet égard (2).

1392. Venons aux donations mutuelles. Nous avons eu occasion de toucher ci-dessus ce genre de disposition (3). On voit par notre article que le Code Napoléon les a maintenues, quoiqu'il ait supprimé les institutions mutuelles par testament (4). Il est à propos d'en dire quelques mots, en faisant remarquer que nous traiterons des dons mutuels entre époux en commentant l'art. 1097 du Code, et que nous ne parlons ici que des donations mutuelles faites par d'autres personnes (5).

La donation mutuelle est celle que deux personnes se font réciproquement par le même acte.

(1) Cujas sur la novelle 92, ch. 1. Voy. La Rouvière, ch. 15.
(2) Cassat., req., 30 juin 1842 (Devill., 43, 1, 539).
(3) *Suprà*, n° 1319.
(4) Art. 968.
(5) *Infrà*, n° 2682.

Elle peut être faite purement et simplement pour avoir lieu *statim* : mais, le plus souvent, elle est accompagnée de la condition de survie. Par exemple : « Je vous donne entre-vifs mon domaine du Bocage, si vous me survivez, et vous me donnez votre domaine de Merange si je vous survis. »

Ricard fait remarquer, avec la plupart des auteurs antérieurs à l'ordonnance de 1731 (1), que c'est là un contrat irrégulier *do ut des*, une espèce d'échange fait avec le hasard de la survie ; que les parties n'ont eu en vue aucun motif de libéralité qui est l'âme de la donation ; qu'au contraire ils ont été portés à contracter par le désir de profiter au préjudice l'un de l'autre, ce qui est entièrement opposé à la donation ; enfin, que c'est plutôt un pacte aléatoire qu'une libéralité (2).

De ces considérations, Ricard conclut que la qualification de donation, donnée à l'acte par les parties, ne peut en changer le caractère, parce que ce n'est pas par le nom qu'il faut juger un acte, mais par sa substance et ses effets ; que rien n'empêche que la donation mutuelle ne puisse avoir lieu entre personnes prohibées de se donner ; que l'insinuation et autres solennités particulières aux donations n'y sont pas requises ; que les limites et retranchements imposés aux donations n'ont pas lieu à l'égard de cette sorte de don mutuel ; qu'il n'est pas soumis à

(1) Voy. ce que j'ai dit là-dessus dans un rapport à la cour de cassation (Devill., 43, 1, 117 et 118).

(2) *Don mutuel*, n° 2.

la révocation pour cause de survenance d'enfants ; en un mot, qu'il reçoit les mêmes lois qu'un contrat onéreux. Notre auteur s'appuie de l'autorité de la glose, de Tiraqueau sur la loi *Si unquàm* (1), de Dumoulin (2), etc., etc.

Mais de même (dit-il) que les donations avec charges, quoique non sujettes aux lois sur les donations, s'y trouvent astreintes en tant que la donation surpasse la charge ; de même en ce qui concerne la donation mutuelle, comme c'est le hasard réciproque et égal qui l'empêche d'être une véritable donation, il suit que s'il est inégal et que l'avantage et l'espérance soient plus amples d'un côté que de l'autre, ce qui excède ne peut passer que pour une véritable libéralité (3).

Ainsi, Ricard pense qu'une donation mutuelle faite par un vieillard et un jeune homme, pour le survivant des deux, est une véritable donation et soumise comme telle à toutes les règles des donations ordinaires (4). Tel était, je le répète, le point de vue dominant dans l'ancien droit.

Mais on sent tout d'abord que l'évaluation de ce risque peut devenir extrêmement arbitraire, et que la seule question de savoir si un tel acte est une donation ou un simple contrat est une source de procès ruineux.

1393. C'est ce qui porta l'ordonnance de 1731 à

(1) Tiraqueau sur la loi *Si unquàm*, v° *Donat. largitus.*
(2) *Sur Blois*, art. 169.
(3) N° 13.
(4) *Suprà*, n° 128.

envisager ces sortes d'actes sous un autre aspect, et un examen plus sérieux la détermina à regarder les donations mutuelles comme donations véritables. Elle les soumit donc à la révocation pour survenance d'enfants. En effet, on ne peut s'empêcher de convenir que quoiqu'un individu donne quelque chose avec l'espérance d'en recevoir autant, il y a toujours libéralité de sa part. L'intention de gratifier existe indépendamment du profit qu'il retirera de son bienfait; car il n'est pas défendu d'espérer le retour d'un acte de générosité et de chercher même à améliorer par des libéralités sa position et son bien-être (1): Regardez-y de près et vous verrez qu'il n'est pas vrai que le don mutuel soit une pure spéculation, comme un échange, une vente; on fausse son caractère en lui enlevant la pensée de libéralité qui le domine (2); on en fait un acte mercenaire et vénal, tandis que la cause première en est le mélange de deux amitiés et une réciprocité de sentiments affectueux. C'est donc avec raison que le Code a adopté la disposition de l'ordonnance de 1731. Les donations mutuelles sont traitées comme de vraies donations sous le rapport de la forme (3), sous le rapport du respect dû à la

(1) « On doit présumer que c'est l'amitié que j'ai pour le » donataire qui est le principal motif qui m'a porté à donner, » quoique l'espérance de profiter de celle qu'il me fait réci- » proquement y entre pour quelque chose, en quoi ces dona- » tions diffèrent des contrats aléatoires : c'est pourquoi elles » exigent de la gratitude. » (Pothier, *Donat.*, sect. 3, art. 3, § 3).

(2) Mon rapport précité.

(3) Id.

réserve (1). Elles ne doivent pas plus échapper à la révocation pour survenance d'enfants, qu'à la révocation pour ingratitude (2).

1394. Remarquons ici qu'il y a une différence entre la donation mutuelle et la donation avec charge, où le donateur stipule quelque chose dans son intérêt.

Dans la première, le donateur n'exige rien du donataire. S'il devient donataire à son tour, c'est par une donation nouvelle qui n'est nullement la charge de sa donation, mais qui est seulement un témoignage de reconnaissance. A la vérité chacun des deux donateurs a pu être mû à donner par l'espoir de cette reconnaissance mutuelle; mais aucun des deux ne l'exige comme loi de son don; tout est spontané et fait *nullo jure cogente*.

Mais dans la donation avec charge, le donateur prescrit une obligation de laquelle il attend pour lui un véritable intérêt; il démontre, par là, que s'il donne ce n'est pas par un pur esprit de libéralité, mais pour se procurer cet intérêt qui a été sa cause finale.

1395. Ceci posé, précisons l'influence de la révocation sur la donation faite par le donateur qui n'est pas restitué en entier. M. Grenier enseigne (3) que, lorsque la donation est révoquée par survenance d'enfants, la révocation n'a lieu qu'au profit du donateur ayant des enfants; mais que la donation subsiste

(1) Id. *infrà*, n° 2683.

(2) Id. M. Merlin, Quest. de droit, v° *Contrat de mariage*, § 2, et *Substitution fidéicommissaire*, § 4. Répert., v° *Donation*, p. 155.

(3) T. II, n° 187.

toujours en ce qui concerne l'autre donateur qui ne se trouve pas dans ce cas : « Car, dit-il, la révocation tient ici à un événement, et non à une inexécution qui puisse produire l'invalidité de l'autre donation. On ne doit pas supposer que celui des donateurs auquel il ne survient pas d'enfants, n'eût pas fait la donation s'il eût prévu que l'autre dût en avoir dans la suite. » M. Grenier s'appuie sur Auzanet (1).

Cette décision n'est pas conforme à celle de Pothier, qui veut que celui des donataires qui n'a pas d'enfants puisse révoquer sa donation par l'action dont nous avons parlé ci dessus, *condictio causâ datâ causâ non secutâ* (2). M. Toullier se range à cet avis (3).

Ce point n'est pas exempt de difficulté. Dans le sens de M. Grenier, on peut dire, en effet, qu'il n'est possible de se prévaloir des principes relatifs à la condiction *causâ datâ causâ non secutâ*, qu'autant que la charge est finale ; mais qu'ici, la donation réciproque faite au premier donateur par son donataire, n'est pas la cause finale de la première donation, qu'elle n'en est que la cause impulsive ; que la véritable cause finale, c'est le désir de gratifier ; que si l'équivalent de la donation était la cause finale, il n'y aurait plus donation, mais échange, affaire de commerce, *negotium gestum*, comme dit la loi 58, D., *De*

(1) *Sur Paris*, art. 280.

(2) *Donat.*, sect. 3, art. 2, § 1. *Junge* Ricard, *Don mutuel*, n° 17.

(3) T. V, n° 308.

donat. inter. vir. et uxor. Que ce serait par abus et par erreur, que la loi l'aurait rangée dans la classe des donations entre-vifs; qu'il faudrait lui rendre sa place dans les contrats onéreux et ne pas la soumettre à la révocation pour survenance d'enfants (1).

Mais quelque graves que soient ces objections, on peut répondre avec avantage, que tout en admettant que le désir de gratifier a été fondamental dans la donation, il s'y est combiné avec certains arrangements et certaines chances qui cessent d'exister par la révocation; que les choses ne sont plus entières; que la double incertitude sur laquelle reposait la libéralité n'existe plus qu'en partie; qu'à la place d'un don mutuel, il n'y a qu'un don unilatéral, qui n'a pas été dans la pensée primitive des parties et qui est quelque chose de tout différent; qu'effacer la mutualité d'un acte qui en a le titre et l'essence, c'est bouleverser ce qui a été fait et le réduire *ad non esse.* A la vérité, on a vu ci-dessus (2), que nous avons scindé le don mutuel dans le cas de révocation pour ingratitude, tandis que dans l'espèce actuelle, nous nous refusons à une division. Mais il n'y a pas là de contradiction. L'ingrat a commis un délit et il faut qu'il soit puni; il ne peut se plaindre d'une division qu'il s'est attirée par sa faute. Ici, c'est tout autre chose; les parties sont également irréprochables, et si la réciprocité devient impossible, il faut que l'acte s'évanouisse pour toutes deux.

1396. Les donations avec charges ne sont pas plus

(1) *Suprà*, n° 1319.
(2) N° 1319.

exemptes que les donations mutuelles de la révocation pour survenance d'enfant. Mais il doit être bien entendu que cette révocation n'a lieu qu'autant que les charges n'enlèvent pas à l'acte son caractère de libéralité. Que si elles représentaient la valeur et l'émolument de la chose donnée, il faudrait plutôt les traiter comme des contrats onéreux (1).

Ainsi, une donation moyennant une rente viagère sera tantôt révocable, tantôt irrévocable, suivant que la rente sera inférieure ou élevée, qu'elle offrira un bénéfice pour le donateur, ou une chance périlleuse pour lui. Ce sont là des idées qui se résument en peu de mots dans un livre, mais qui occupent bien du temps dans la pratique du Palais, à cause des faits qu'il faut élucider.

1397. Les donations rémunératoires n'échappent pas à la révocation par survenance d'enfants (2). Le Code, imitant en cela l'ordonnance de 1731, a écarté les subtilités des interprètes. Il est parti d'un principe fixe, qui est que la donation rémunératoire étant faite *nullo jure cogente*, est une vraie libéralité; que par conséquent, elle doit subir le sort des autres donations (3).

Mais ceci n'est vrai qu'autant qu'on ne mettra pas dans la classe des donations rémunératoires, les payements faits par un individu qui a reçu des services

(1) Bordeaux, 10 avril 1843 (Devill., 43, 2, 481). Douai, 11 novembre 1844 (Devill., 45, 2, 599). Paris (1re ch.), 1er avril 1851, affaire Dupont (*Gaz. des Trib.*, 2 avril 1851).

(2) *Suprà*, n° 1386, *in fine*, et note.

(3) Furgole sur l'art. 20 de l'ord. de 1731.

pour l'acquittement desquels on avait action contre lui. Ce ne serait pas là une donation, mais une dation en payement. La donation n'a lieu que lorsqu'il y a spontanéité.

1398. Occupons-nous des effets de la survenance d'enfants par rapport aux remises de dettes et aux renonciations à des droits acquis.

Lorsque ces remises et renonciations ont lieu par suite de transactions sur procès, par contrat d'attermoiement, etc., elles ne sont pas sujettes à la révocation pour survenance d'enfants. Il est clair que ce ne sont pas des donations. Mais si elles ont pour principe un esprit de libéralité, notre article les atteint. C'est ce qui a été jugé par le célèbre arrêt du parlement de Paris, de 1551, rendu au profit de Dumoulin, contre son frère Ferry Dumoulin. Dumoulin, alors sans enfants, avait renoncé en faveur du mariage de son frère à tous ses droits successifs, tant paternels que maternels; ce qui fut considéré comme donation et révoqué par la survenance des enfants de Dumoulin, d'après la loi 32, §23, D. *De donat. inter vir., et uxor*, portant: *Sive autem res fuit quæ donata est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habiturum* (1).

1399. Si la remise de la dette s'était faite sans acte et que, cependant, il fût prouvé qu'elle a eu lieu, *putà* par la remise du titre, avec intention de donner, elle serait de même sujette à la révocation.

(1) Pothier, *Donat. entre-vifs*, sect. 3. art. 2. M. Duranton, t. VIII, n° 556. Toullier, t. V, n° 312. Zachariæ, t. V, p. 361. Sur le procès de Dumoulin, voy. ci-dessus, n° 1388; et Louet, lettre *D, somm.* 52.

1400. Ceci nous amène à parler des donations déguisées sous la forme de contrats onéreux. Nous ne les exceptons pas de la révocation ; car, quoique par l'écorce elles soient qualifiées ventes, elles ne sont pas moins donations par leur essence (1).

1401. L'art. 1840 du Code Napoléon règle un genre de dispositions que la loi considère de plein droit comme donation déguisée. Nous avons établi dans notre commentaire de *la Société* (2), qu'elles sont atteintes par la survenance d'enfant.

1402. Enfin, notre article est tellement général, qu'il embrasse toutes les donations à quelque titre et de quelque valeur que ce soit. Toutefois la raison dit assez que les présents modiques, que des amis se font entre eux manuellement, ne sont pas passibles de la révocation.

1403. Quant aux donations testamentaires, nous examinerons dans notre commentaire de l'art. 1046, si elles sont révocables pour survenance d'enfants (3).

1404. Avant l'ordonnance de 1731, les plus considérables interprètes avaient décidé que la révocation pour survenance d'enfants avait lieu de plein droit. Godefroy, sur la loi *Si unquàm*, disait : *Ipso jure producitur ità ut nullius hominis ministerio opus sit.* L'ordonnance de 1731 érigea cette opinion en loi. Le Code Napoléon n'a fait que la suivre. En effet,

(1) La Rouvière et les docteurs cités par lui, ch. 28. Aff. Dupont, Paris (1re ch.), 1er avril 1851. (*Gaz. des Trib.*, 2 avril 1851), Douai, 7 juin 1850 (Devill., 50, 2, 402).

(2) T. I, n° 309.

(3) *Infrà*, n° 2206.

la condition arrivant réduit, *ipso jure*, la disposition à manquer de cause (1).

Dans la révocation pour ingratitude ou pour inexécution des conditions, le donateur doit nécessairement manifester, par une demande en justice, la volonté de rentrer dans ce qu'il a donné : car ce genre d'action révocatoire n'a été introduit que dans son seul intérêt ; s'il garde le silence, la donation subsiste. Mais quand il s'agit de la survenance d'enfants, c'est la loi qui révoque, indépendamment de tout ce que pourrait omettre ou négliger le donateur. C'est plutôt dans l'intérêt des enfants qu'elle veille que dans l'intérêt du donateur.

La révocation résulte donc du fait même de la naissance. Lorsque le donateur veut profiter du bénéfice de la loi, il n'est pas tenu de faire une demande en justice, pour dessaisir le donataire : il lui suffit de lui notifier, par un acte en bonne forme, la naissance de l'enfant (2).

1405. Il y a plus, et d'après l'art. 965 du Code Napoléon, le donateur ne peut renoncer à l'action en révocation, de manière à préjudicier à l'enfant à naître.

1406. Mais il est certain que la donation étant révoquée, le donateur peut disposer à sa volonté des biens recouvrés (3).

Ce point résulte du texte même de la loi *Si unquàm*, qui déclare que les biens rentrent au pouvoir, *in di-*

(1) Furgole, *quæst.* 16, n° 9.
(2) *Infrà*, art. 962.
(3) La Rouvière, ch. 42.

tione, du donateur: il peut donc les aliéner à titre onéreux ou à titre gratuit, suivant son bon plaisir (1).

Ricard (2) aurait voulu qu'on eût lié les mains au donateur pour l'empêcher de disposer gratuitement au profit d'étrangers de biens que la loi n'a fait rentrer dans son patrimoine, qu'à la seule considération des enfants qui lui sont survenus. Mais c'eût été douter de l'affection paternelle, et ce vœu de Ricard n'est pas sensé. Il porte atteinte à la fois au droit de propriété et au pouvoir paternel (3); il est d'ailleurs contraire à l'intérêt public que les biens soient frappés d'indisponibilité dans les mains du père de famille.

1407. Il est une fin de non-recevoir plus sérieuse que celle qu'on voudrait faire résulter de la renonciation du donateur. Voici comment elle ressort du concours de plusieurs qualités et circonstances réunies.

Un mari et une femme avaient fait une donation solidaire à un sieur Albert. Le mari, devenu veuf, contracta un second mariage; il en eut des enfants, et la donation se trouva révoquée en ce qui le concernait. Mais il faut savoir qu'il était le légataire universel de sa première femme, et que tenu des obligations de celle-ci, il était tenu en cette qualité à faire valoir la donation pour le tout. C'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Rouen, du 5 janvier

(1) Voy. l'art. 964.
(2) *Donat.*, p. 3, n° 663.
(3) *Suprà*, n° 1382.

1844 (1), et sur le pourvoi, par arrêt de rejet de la chambre des requêtes, du 18 décembre 1844 (2).

1408. Il nous reste à dire un mot des personnes auxquelles appartient l'action en révocation. D'après ce qui a été dit ci-dessus, on pressent facilement qu'après le donateur, l'enfant a qualité pour exercer l'action en révocation que son père aurait négligée de son vivant, ou à laquelle il aurait indûment renoncé (3). Mais l'enfant ne saurait exercer, du vivant du donateur, l'action révocatoire. Il tient cette action de sa qualité d'héritier du donateur; il ne l'a pas de son chef.

Article 962.

La donation demeurera pareillement révoquée, lors même que le donataire serait entré en possession des biens donnés, et qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis la survenance de l'enfant; sans néanmoins que le donataire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus, de quelque nature qu'ils soient, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant ou sa légitimation par mariage subséquent lui aura été notifiée par exploit ou autre acte en bonne forme: et ce, quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés n'aurait été formée que postérieurement à cette notification.

(1) Devill., 44, 2, 387.
(2) Id., 45, 1, 309.
(3) Cassat., req., 6 novembre 1832 (Dalloz, 33; 1, 30).

SOMMAIRE.

1409. L'art. 962 est la conséquence de ce principe, que la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants opère de plein droit.

1410. Le donataire, étant présumé possesseur de bonne foi jusqu'à la notification de la cause de révocation, conserve les fruits perçus jusqu'à ce moment.

1411. Forme de la notification. — La notification ne saurait être remplacée par des équipollents.

1412. Il n'y a rien de contraire à cette règle dans un arrêt de la cour cassation qui juge que la nomination du donataire à la tutelle de l'enfant a pu dispenser de faire la notification.

1413. La demande peut être formée postérieurement à la notification.

1414. Le donataire évincé doit-il être indemnisé, si la donation a été faite à charge de payer une rente viagère?

1415. Lorsque la chose donnée est passée aux mains de tiers détenteurs, faut-il, pour la restitution des fruits, former contre eux une demande en justice?

COMMENTAIRE.

1409. Le Code, qui dans l'art. 960, a posé le principe de la révocation de plein droit, par la survenance d'enfants, en fait ici une application. Il déclare que tout acte quelconque, confirmatif de la donation, fait par le donateur, postérieurement à la survenance d'enfants, même la mise en possession du donataire, et la tradition de la chose donnée, ne peuvent nuire au droit de révocation, acquis *ipso jure* par le fait même de la naissance. Il en est de même de tout autre fait d'exécution, ou de ratification.

1410. Mais, bien que la révocation ait lieu *ipso jure*, le donataire conserve les fruits jusqu'au moment où la notification de la survenance d'enfants ou de la légitimation par mariage subséquent lui a été faite. La raison en est que, quoique la révocation ait un effet rétroactif jusqu'au jour de la donation (ainsi que nous le verrons dans l'article suivant), cet effet ne s'applique pas aux fruits qui sont toujours laissés au possesseur de bonne foi qui a titre, pour l'indemniser des travaux de culture et d'exploitation, *pro culturâ et curâ* (1). Le donataire jouit en père de famille de bonne foi et à l'abri de son titre, jusqu'à ce que sa bonne foi cesse par la connaissance que lui donne le donateur de la naissance de l'enfant.

1411. Cette notification doit être faite en bonne forme (2), c'est-à-dire, soit par un exploit (3) ou par tout autre acte judiciaire ou extra-judiciaire ; une simple connaissance de la naissance serait insuffisante pour constituer le donataire en mauvaise foi, aux yeux de la loi (4).

1412. Il ne faut pas considérer comme contraire à cette proposition un arrêt de la cour de cassation du 6 novembre 1832, qui a jugé que la nomination du donataire aux fonctions de tuteur de l'enfant avait dispensé de la notification prescrite par l'article 962 (5). Il est clair, en effet, que la fonction de

(1) Instit., *De rer. divis.*

(2) Pothier *sur Orléans*, int., t. XV, n° 110.

(3) Texte de l'art. 962.

(4) Cassat., req., 2 avril 1829 (Dalloz, 29, 1, 207). Pothier, *Donations*, 3, 2, 4. Grenier, n° 208.

(5) Dalloz, 33, 1, 30.

tuteur de l'enfant, conférée au donataire, impose à ce dernier l'obligation de veiller à la conservation des droits de son pupille; que, chargé de faire valoir ces droits, il n'avait pas besoin de se faire à lui-même une notification que sa qualité rendait inutile.

1413. Lorsque le donataire a été constitué en mauvaise foi par la notification de l'acte de naissance, la demande en révocation peut venir plus tard, s'il ne s'exécute pas. Cette demande comprendra la restitution de la chose donnée, avec les fruits, à partir de la notification de l'acte de naissance ou de l'acte de légitimation.

1414. Dans le cas où la libéralité est une donation faite avec charge de payer au donateur une rente viagère, on demande si le donataire évincé devra être indemnisé des arrérages qu'il a acquittés.

En principe, la libéralité ne doit pas être onéreuse au donataire, et la justice veut qu'il ne soit pas victime d'un contrat de bienfaisance dans lequel il a été de bonne foi. La règle est donc que le donataire ne doit pas perdre.

Mais savoir s'il a perdu par le payement des arrérages, est une question de fait laissée à l'arbitrage du juge.

Très-souvent les donations avec charge de rente viagère sont combinées de manière à laisser le montant de la rente à un chiffre inférieur ou égal au revenu net de l'immeuble. Dans ce cas, le donataire n'a pas perdu à la donation, et il peut y avoir gagné.

Comme exemple de cette proposition, je crois utile de citer l'espèce suivante, qui a été jugée,

sous ma présidence, par un arrêt de la cour impériale de Paris, du 1er avril 1851 (1).

Par acte du 14 mai 1829, le sieur Jean-François Dupont avait cédé à ses frères, moyennant une rente viagère de 7,500 fr., tous les droits à lui abandonnés dans les biens de ses père et mère.

Le 9 juin 1848, Jean-François Dupont eut un enfant dont il notifia la naissance à ses frères comme devant opérer la révocation de l'acte de 1829.

Ceux-ci soutinrent que l'acte, dont il s'agissait, était un acte à titre onéreux, et qu'à ce titre il était affranchi de la révocation pour survenance d'enfant qui n'est applicable qu'aux donations. Mais la cour, appréciant les circonstances de la cause, qualifia d'une manière toute différente l'acte du 14 mai 1829, et après lui avoir imprimé le caractère de libéralité, elle régla, d'après les points de vue que nous signalions tout à l'heure, le sort des arrérages échus et à échoir.

« Considérant, en droit, que les sages dispositions » de la loi sur la révocation des donations par sur- » venance d'enfants seraient facilement éludées, si » les donations déguisées sous la forme de contrats » onéreux étaient affranchies de la révocation pro- » noncée d'une manière générale et absolue par les » art. 960 et 965 du Code Napoléon; que, pour dé- » terminer la nature et les conséquences des actes, » il faut moins considérer leurs apparences et leurs » termes que ce qu'ont voulu les parties et ce qu'elles » ont fait en réalité.

(1) *Gazette des Trib.*, n° du 2 avril 1851.

» Considérant que, dans l'intention des parties, » l'acte du 14 mai 1829 est un acte entre frères con- » tenant une donation de l'un d'eux, Jean-François » Dupont, aux deux autres, sous la condition accep- » tée par ceux-ci de lui assurer une honnête exis- » tence, et de le décharger du soin de l'administra- » tion de ses biens ; que la forme de vente donnée à » cette donation ne lui enlève pas le caractère réel » d'un abandon gratuit, fait dans un esprit de fa- » mille; qu'il ressort, en effet, de toutes les circon- » stances de la cause, que Dupont aîné, qui, en 1829, » était âgé de 46 ans, et avait l'intention de rester » célibataire, dont l'administration pouvait inspirer » quelque inquiétude à sa famille pour lui-même, » cédant à une pensée généreuse et au vœu de ses » parents, a voulu, par l'acte du 14 mai 1829, assu- » rer gratuitement à ses frères, tous deux depuis » longtemps mariés et pères de famille, la propriété » des biens formant son lot dans les successions de » ses père et mère, dès lors abandonnées aux trois » frères, en réservant pour lui-même, pendant sa » vie, la jouissance d'un revenu seulement égal au » produit de sa part dans ces biens ; qu'abandonnant » à ses frères des valeurs importantes en réalité, » Jean-François Dupont ne recevait rien en échange » de ceux-ci, qui s'obligeaient uniquement à lui » restituer, pendant sa vie, un revenu auquel il avait » un droit antérieur transmissible à ses héritiers » après lui; qu'en conséquence, l'acte du 14 mai » 1829 ne contient point une cession à titre onéreux » et aléatoire, mais une donation; que, dès lors, les

» dispositions de l'acte du 14 mai 1829 ont de plein
» droit, aux termes de l'art. 960 du Code Napoléon,
» été révoquées par la survenance d'un enfant au
» donateur, etc...

» Vu les dispositions des articles 960, 962, 964,
» 966 du Code Napoléon, a mis et met l'appellation
» et ce dont est appel au néant, en ce que le juge-
» ment a refusé de prononcer la révocation de la
» donation contenue dans l'acte du 14 mai 1829.

» ..... Déclare, en conséquence, la donation du
» 14 mai 1829 révoquée.

» ..... Ordonne que lesdits biens et valeurs seront
» restitués par Antoine et Hubert Dupont, libres de
» toutes charges et hypothèques; que les fruits et
» intérêts des immeubles et sommes à restituer par
» Hubert et Antoine Dupont, seront comptés à Jean-
» François Dupont, par Antoine et Hubert Dupont à
» compter du 7 mars 1849, jour de la notification
» de la naissance de la fille de Jean-François, jour
» où doivent s'arrêter également les arrérages de la
» rente viagère, qui n'était que la restitution des
» fruits et intérêts cédés aux deux frères, arrérages
» de rente, qui, s'ils avaient été touchés depuis, de-
» vraient se compenser avec lesdits fruits et inté-
» rêts, les droits d'Antoine et Hubert Dupont de-
» meurant réservés pour le remboursement des im-
» penses qu'ils auraient pu faire utilement pour le
» donateur sur les immeubles à restituer. »

1415. A l'égard des tiers détenteurs de la chose donnée, la règle posée par notre article pour la restitution des fruits, subit-elle une modification? Sui-

vant Pothier, la notification seule ne suffit pas pour les constituer possesseurs de mauvaise foi ; une demande en justice est nécessaire, et c'est seulement à partir de cette demande qu'ils sont tenus de la restitution des fruits (1). Plusieurs auteurs modernes ont adopté cette proposition.

Je ne la crois pas fondée sous le Code Napoléon (2). Pourquoi Pothier exige-t-il une demande en justice? C'est que, dans l'ancien droit, une demande judiciaire était indispensable pour faire cesser la bonne foi du tiers détenteur. Pothier est donc dans le vrai à son point de vue, quand il exige autre chose que la simple notification de l'acte de naissance.

Mais, sous l'empire du Code Napoléon, les principes ne sont plus les mêmes. Les art. 549 et 550 de ce Code n'exigent pas cette condition. Quel que soit le moyen par lequel le tiers détenteur a eu connaissance du vice de son titre, il cesse de faire les fruits siens. Il faut donc s'en tenir à l'art. 962, dans l'intérêt même des tiers détenteurs. Sans quoi, tout en voulant les protéger, par les art. 549 et 550, on les exposerait à une situation plus dure que le donataire lui-même, en qui une connaissance telle quelle ne suffit pas, et qui doit être averti par une notification en bonne forme.

Disons donc que l'art. 962 gouverne la situation des tiers détenteurs, aussi bien que celle du donataire.

(1) Pothier, *Orléans*, int. au tit. 15, n° 108. Grenier, n° 208. Toullier, t. V, n° 321.

(2) M. Zachariæ, t. V, p. 373, note 34.

Article 963.

Les biens compris dans la donation révoquée de plein droit rentreront dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme de ce donataire, de ses reprises ou autres conventions matrimoniales ; ce qui aura lieu quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage.

SOMMAIRE.

1416. Cette disposition est l'application de l'axiome ; *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*
1417. Elle efface toutes les stipulations contraires.

COMMENTAIRE.

1416. Cet article n'a pas besoin d'un long commentaire. Il tire les conséquences de la révocation; il applique les principes relatifs à la *condictio sine causâ* (1).

Partant de là, il fait rentrer les biens libres de toute charge quelconque dans la main du donateur. La condition de la révocation pour survenance d'enfants est une condition qui affecte la donation *ex causâ primævâ*

(1) Pothier, sur *Orléans,* ibid. n° 109.

et antiquâ, et à laquelle le donataire a dû se soumettre indépendamment de toute convention. Il n'a donc pu, par des aliénations ou des hypothèques, transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Or, son droit se trouvant résolu, celui de ses ayants cause l'est également par la maxime triviale à force d'être vraie : *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis ;* seulement, à cause de sa bonne foi, il garde les fruits jusqu'au jour où l'acte de naissance lui a été notifié (1).

1417. Cette libération de la chose donnée a lieu indépendamment de toute clause à laquelle le donateur aurait pu s'engager comme caution ou à tout autre titre ; et encore que la donation eût été faite dans l'unique but de favoriser le mariage du donataire, et que la femme de ce dernier ait acquis hypothèque légale sur les choses données (2). Rien de plus formel que l'art. 963. Il n'est, du reste, que la juste conséquence des art. 960 et 962. Il efface toutes les stipulations par lesquelles le donateur se serait lié les mains directement ou indirectement (3).

ARTICLE 964.

Les donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte confirmatif ; et si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant

(1) Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 4.
(2) Furgole, quest. 11.
(3) Pothier, *loc. cit.*, n° 109.

ou après la mort de l'enfant par la naissance duquel la donation avait été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition.

SOMMAIRE.

1418. Il serait contraire aux principes qui régissent les conditions, que la mort de l'enfant fît revivre la donation.

1419. Aucun acte confirmatif ne pourrait non plus donner à la donation une existence qu'elle a perdue.

COMMENTAIRE.

1418. Quelques jurisconsultes, parmi lesquels il faut compter Ricard, avaient pensé que, lorsque le donateur avait perdu ses enfants soit naturellement, soit civilement, sans avoir usé du bénéfice de révocation, il ne pouvait y avoir recours après leur décès (1). Mais cet avis n'était fondé que sur des subtilités et des motifs plus spécieux que solides (2). En effet, toute donation renferme une condition tacite, celle de révocation en cas de survenance d'enfants au donateur. Lorsque la condition arrive, la libéralité se trouve résolue de plein droit. Or, *conditio semel defecta non restauratur.*

Comme nous l'avons déjà dit, quoique ce soit l'intérêt des enfants qui ait fait porter la loi sur la révocation dont nous nous occupons, néanmoins ce n'est pas à eux que reviennent les biens donnés. C'est au père qui peut les aliéner suivant son bon plaisir. C'est donc le seul fait de la naissance des enfants qu'il faut

(1) *Donat.*, p. 3, n° 633. *Junge* Voët, 39, 5, 29.

(2) Furgole, quest. 16, n°s 14, 15.

considérer, parce que la naissance seule, et non la survie, est la condition de la révocation. La donation se trouvant révoquée de plein droit, qu'importent les événements qui peuvent changer l'état des enfants?

C'est pour ce dernier parti que se prononça l'article 43 de l'ordonnance de 1731. C'est aussi celui qu'a préféré le Code Napoléon; car il est évident que la donation étant révoquée *ipso jure*, ne peut plus revivre, quels que soient les événements qui suivent la naissance de l'enfant né viable.

1419. Non-seulement, la donation no revit pas par la mort des enfants survenus, mais même aucun acte confirmatif ne peut lui donner une existence qu'elle avait perdue; il faut qu'elle soit refaite suivant toutes les solennités du droit. Car autrement ce serait autoriser à donner tacitement. Qu'importerait, en effet, la confirmation d'un acte révoqué et éteint. *confirmatio nihil novi juris addit.*

ARTICLE 965.

Toute clause ou convention par laquelle le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfant, sera regardée comme nulle, et ne pourra produire aucun effet.

SOMMAIRE.

1420. La loi, en s'opposant à cette renonciation faite à l'avance par le donateur, a voulu prévenir son imprévoyance à l'égard de ses futurs enfants.

COMMENTAIRE.

1420. Cette disposition, empruntée à l'ordonnance de 1731, a pour but de rejeter l'opinion de ceux qui pourraient croire que le donateur serait lié par une renonciation qu'il aurait faite au bénéfice de la révocation pour survenance d'enfants. Quelques auteurs avaient ouvert cette opinion, en se fondant sur le brocard de droit, qu'on peut renoncer à un droit introduit en sa faveur, et qu'il est permis aux particuliers de déroger aux lois qui n'ont pour objet que l'intérêt privé (1).

Mais Ricard avait réfuté cette doctrine avant que l'ordonnance de 1731 ne vînt la proscrire. En effet, la loi pour la révocation des donations en cas de survenance d'enfants, n'est pas faite seulement en considération du donateur, mais aussi en considération des enfants. D'ailleurs, serait-il raisonnable d'admettre une pareille renonciation du donateur; renonciation qui serait une marque signalée d'imprévoyance à l'égard de ses futurs enfants, et un oubli répréhensible, lorsque c'est précisément cette imprévoyance et cet oubli que la loi a voulu prévenir? Tout ce que le donateur a fait dans ce moment, où il croit n'avoir pas d'enfants, est considéré comme non avenu par la survenance de descendants. D'un autre côté, si le donateur faisait cette renonciation depuis la naissance d'un enfant, elle ne pourrait avoir aucun effet, puisque la loi ne veut pas qu'aucun acte du père puisse empêcher l'effet de la révocation. On

(1) L. 31, D., *De pactis.*

voit donc que sous quelque rapport et dans quelque temps qu'on examine la renonciation, elle est destituée d'effet dans tous les cas possibles (1).

ARTICLE 966.

Le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs des choses données, ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfant, qu'après une possession de trente années, qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume; et ce, sans préjudice des interruptions, telles que de droit.

SOMMAIRE.

1421. La prescription de trente ans, commune à toutes les actions, ne peut courir ici que du jour où il est survenu au donateur un enfant.

1422. Mais s'il naît au donateur plusieurs enfants, la prescription ne court qu'à partir de la naissance du dernier enfant.

1423. Le tiers détenteur ne serait pas admis à invoquer la prescription de dix et vingt ans, malgré son titre et sa bonne foi.

1424. Dans le cas où la donation serait déguisée sous forme de contrat onéreux, la prescription serait de trente ans, même à l'égard du tiers détenteur.

1425. La prescription dont il s'agit ici peut être interrompue.

1426. Elle peut pareillement être suspendue.

1427. Toutefois, les enfants du donateur ne pourraient prétendre que l'action révocatoire n'a commencé, pour eux, qu'à partir du décès de leur père.

(1) Pothier *sur Orléans*, int. t. 15, n° 108. Ord. de 1731, art 41, 43.

COMMENTAIRE.

1421. On peut opposer contre la demande en révocation de donation pour cause de survenance d'enfants, la prescription ordinaire de trente ans, par laquelle se prescrivent toutes les actions (1).

Le temps de cette prescription commence à courir du jour où il est survenu au donateur un enfant; c'est, en effet, de ce jour que le droit de révoquer la donation est ouvert, et la prescription ne peut courir contre un droit avant qu'il existe.

1422. S'il était né au donateur plusieurs enfants, le droit de révoquer serait-il prescrit trente ans après la naissance du premier, ou bien seulement trente ans après la naissance du dernier? Il semblerait, d'abord, que ce devrait être trente ans après la naissance du premier; car, dès le temps de la naissance du premier, le droit de révoquer a été ouvert, et par conséquent le temps de la prescription a commencé à courir. Le Code, d'accord avec l'ordonnance de 1731 (art. 45) décide, néanmoins, que le droit du donateur ne sera prescrit qu'après les trente ans, depuis la naissance du dernier. La raison en est que chaque enfant qui survient au donateur, lui donne un droit nouveau de révoquer la donation. C'est pourquoi, si le droit que lui a donné son premier enfant est prescrit par le laps des trente années, il lui reste encore le droit que lui donne la naissance du dernier; *idem ex pluribus causis deberi potest*. L. 159, D., *De reg. juris* (2).

1423. L'art. 966 est si formel sur la nécessité d'une

(1) Pothier *sur Orléans*, t. 15, introd., n° 111.
(2) Id., n° 111. Furgole sur l'ord. de 1731, art. 45.

prescription de trente ans, que les tiers détenteurs ne pourraient invoquer la prescription de dix et vingt ans, qui a lieu lorsqu'il y a titre et bonne foi. La loi veut que la prescription ne puisse s'acquérir ici que par trente ans, rejetant les autres prescriptions autorisées par le droit commun. Il faut donc se méfier de la doctrine de Ricard, qui pense (1) que la prescription de dix et vingt ans peut être utile aux tiers détenteurs. Cet auteur, qui écrivait avant l'ordonnance de 1731, a avancé sur la matière qui nous occupe beaucoup de propositions que la loi sur les donations a rejetées.

1424. La prescription de trente ans est seule applicable, alors même que la donation porte les couleurs d'un contrat à titre onéreux (2). On ne saurait invoquer, en pareil cas, l'art. 1304 du Code Napoléon. Cet article ne concerne que les conventions ordinaires. Il est en dehors du cas particulier d'une donation (3).

Ceci devient très rigoureux, si on l'applique aux tiers détenteurs qui ont ignoré le caractère de libéralité caché dans l'acte qui a investi leur vendeur; ils ont cru acheter d'une personne qui elle-même avait acheté à titre onéreux. Ils se sont crus propriétaires incommutables, et leur bonne foi semblerait devoir les protéger (4). Cependant notre article est si général et si absolu, que je verrais de grandes difficultés à le faire fléchir en leur faveur.

1425. La prescription court du jour de la naissance de l'enfant. Une possession de trente ans, à partir de ce moment, rend l'action en révocation non recevable. Notre texte est formel à cet égard.

(1) *Donations*, part. 3, n° 659.
(2) Cassat., req., 6 novembre 1832 (Dalloz, 33, 1, 31).
(3) Id — (4) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, n° 206.

Cependant, cette prescription peut être interrompue par les moyens de droit. Sur ce point, notre article renvoie au droit commun.

1426. Mais il est à remarquer qu'il ne parle pas des suspensions de prescription qui, en général, n'ont pas moins de faveur que les interruptions. Malgré ce silence, il faut dire que l'on doit tenir compte des suspensions (1). Supposons que le père décède et qu'il laisse des enfants mineurs, la prescription sera suspendue pendant leur minorité: *contrà non valentem agere non currit præscriptio*. Il n'y a pas de raison suffisante pour s'écarter, en ce point, du droit commun.

1427. Notez pourtant que les enfants qui n'ont pu agir durant la vie de leur père, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (2), ne sont pas fondés à prétendre que l'action révocatoire ne commence pour eux qu'à partir du décès. Pourquoi cela? C'est que l'action révocatoire ne leur appartient qu'à titre d'héritier du père donateur; c'est qu'ils ne font que lui succéder! C'est que, dès lors, ils doivent prendre les choses dans l'état où il les a mises et laissées; profitant du temps qui reste à courir, si les trente ans ne sont pas accomplis, ou bien, au contraire, repoussés par la prescription si les trente ans sont écoulés du vivant du donateur. Notre article ne laisse aucun doute à cet égard, par la précision avec laquelle il exige que le point de départ de la prescription soit taxativement le jour de la naissance de l'enfant.

(1) Code sarde, art. 1175. Grenier, n° 207. M. Vazeille sur 960. Zachariæ, t. V, p. 374.

(2) N° 1408.

CHAPITRE V.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

SECTION I.

DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DES TESTAMENTS.

ARTICLE 967.

Toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté.

SOMMAIRE.

1428. Doit-on considérer le testament comme dépendant du droit public, et le regarder comme un acte dont la forme est inaccessible au vulgaire?

1429. Le testament, étant une conséquence du droit de propriété, appartient au droit naturel, et, comme tel, il est protégé dans son exercice par des règles simples et accessibles à tous.

1430. A Rome, où la propriété était liée au droit public, la faction du testament était de droit public.

1431. Comment ceci doit être entendu dans le droit français où le testament émane du droit naturel.

1432. Toutefois, quant aux formalités, le droit de tester est soumis au droit civil.

1433. Caractère de ces formalités protectrices. — Simplicité du testament olographe.

1434. Complication des formalités des testaments dans la législation romaine. — Nécessité de l'institution d'héritier.

1435. Différence du droit coutumier et du droit romain sur ce point.

1436. Explication et conséquence de la maxime : « Institution d'héritier n'a pas lieu. »

1437. Autre conséquence.

1438. Supériorité du droit coutumier sur le droit romain en cette matière.

1439. Le Code Napoléon a suivi la simplicité de l'ancien droit français et effacé toutes les distinctions admises en cette matière par la loi romaine.

1440. Comme le droit coutumier, il a établi le principe de la réserve et de la saisine.

COMMENTAIRE.

1428. C'est une tradition fondée sur le droit romain, que les formalités du testament sont de droit public : *Testamenti factio*, disait Papinien, *non privati, sed publici juris est* (1). Cette maxime est répétée dans tous les livres (2).

C'est également une tradition qui nous vient du formalisme de Rome et qui s'est perpétuée, malgré les changements les plus profonds, à savoir, qu'un testament est un acte difficile, pour lequel le père de famille doit s'environner nécessairement des con-

(1) L. 3, D., *Qui testam. facere possunt* (Papin., Quæst., lib. 14).

(2) Caïus, comm. 2, § 104.

seils des hommes de loi, pour se préserver des piéges de la loi (1). Cujas fait remarquer, en effet, que chez les Romains les formalités des testaments étaient si minutieuses, que c'était à peine si on osait faire un acte de dernière volonté, sans consulter un jurisconsulte (2), et celui-là était un esprit fort qui, se mettant au-dessus des minuties sacramentelles, osait ne consulter que son bon sens et sa raison (3). Les hommes de loi qui ont la confiance du public savent tous, par l'expérience de leur pratique journalière, que des personnes appartenant aux classes les plus élevées et les plus éclairées de la société s'adressent à eux pour leur demander des formules de testament, comme si la confection d'un tel acte était un arcane inaccessible aux profanes.

Ces deux idées ne doivent pas être acceptées sans réflexion. D'abord, il n'est pas vrai que le testament appartienne au droit public au même titre que chez les Romains; il est encore moins vrai que la forme des testaments soit inaccessible au vulgaire, qu'un guide exercé soit indispensable pour lui donner sa solennité légitime.

1429. En ce qui concerne la dépendance du testament du domaine du droit public, nous avons prouvé, ci-dessus, que les actes de dernière volonté sont une conséquence du droit de propriété; qu'ils découlent, par conséquent, du droit naturel et que la

(1) *Suprà*, n° 85.

(2) Sur le Dig., *Qui testam. facere possunt*, d'après la loi *Lucius*, 88, § ult., D., *De legat.*, 2°. Vid. *infrà*, n° 1439.

(3) Loi précitée, 88, § ult., D., *De legat.*, 2°.

loi écrite ne saurait en interdire l'usage, sans exercer une violence condamnable sur la liberté humaine.

Il est vrai que la loi civile peut et doit intervenir pour régler l'usage du droit de disposer à cause de mort, et prévenir les abus que l'homme en pourrait faire. Toute liberté a ses limites, et la liberté du propriétaire ne doit pas aller jusqu'à de pernicieuses exagérations. Mais, en contenant le droit de disposer à cause de mort, la loi civile a pour devoir essentiel de le respecter dans ce qu'il a de raisonnable et de conforme à l'équité; sinon, elle tomberait dans le genre de tyrannie qui fait le plus détester les gouvernements.

Un des points sur lesquels l'intervention régulatrice de la loi civile est le plus nécessaire, c'est la forme des testaments. Il faut des règles précises pour que la volonté des mourants se montre avec certitude et qu'on n'abuse pas de leur faiblesse; mais il faut que ces règles soient simples, claires, accessibles à tous. L'équité se révolterait contre des formalités minutieuses, inspirées par un esprit d'hostilité et non par un esprit de protection. Un droit sacré dans son essence, comme l'est le droit de propriété, doit être traité favorablement dans son exercice : il ne doit pas être environné d'embûches.

1430. Chez les Romains, le droit était dominé par des points de vue différents. La propriété était liée au droit public d'une manière très-étroite. Le père de famille dépendait de l'État à cause de ses biens, qui avaient été dans l'origine une concession, à cause des distinctions de naissance nécessaires à la forme

du gouvernement, à cause des sacrifices dont la conservation dans les *gentes* importait à la chose publique (1), à cause du pouvoir paternel et marital, qui par sa grande étendue était autant politique que domestique. Dans cet ordre d'idées, la transmission de l'hérédité était un événement d'ordre public qui, entre tous les autres, tenait en éveil au plus haut degré l'attention du législateur. La loi civile, préoccupée des intérêts de l'Etat, bien plus que des sentiments de la nature, l'avait réglée dans un esprit aristocratique. On peut consulter la loi des Douze Tables (2). Son système de succession *ab intestat* est inspiré tout entier par l'esprit de conservation, propre surtout à l'aristocratie; elle veut conserver dans la famille et dans les *gentes*, les noms, les souvenirs, les biens, les distinctions, les sacrifices et les rites paternels (3); les sacrifices, en particulier, que Cicéron reprochait à Clodius d'avoir laissé perdre en se faisant adopter par un plébéien (4). Ces sacrifices étaient attachés à l'hérédité (5), d'après le droit pontifical (6); ils en formaient une charge nécessaire,

(1) Cicéron, *Pro domo*, 13. *De legibus*, 2, 9. Loi des Douze Tables : « *Sacra privata, perpetua manento.* »

(2) Justinien, Instit., *De hæred. quæ ab intest. defer.* Mon livre de l'*Influence du christianisme*, p. 1, ch. III, note 1 de la page 27, et p. 2, ch. XI.

(3) Cicéron, *De legibus*, 2, 9, *Ex patriis ritibus optuma colunto*. Festus, v° *Sinè sacris hæreditas*.

(4) Cicéron, *Pro domo*, 13.

(5) Voy. mon article sur les *Gentes* (*Rev. de législ.*, 1847, I, 5), et Beaufort, t. I., p. 107.

(6) Cicéron, *De legibus*, 2, 20, et 21.

quelquefois onéreuse (1), mais toujours chère aux familles illustres, et qui entretenait dans leur sein les signes caractéristiques de leur origine, les distinctions dont elles étaient fières, le culte des ancêtres, la piété envers les dieux (2).

Il importait donc que la pensée de la loi successorale ne fût pas altérée par les caprices ou l'imprévoyance du père de famille, et que le testament ne servît pas de moyen pour affaiblir les précautions de la politique, pour confondre les ordres, mêler les familles, profaner ou mettre en oubli les sacrifices domestiques. De là cette règle, qu'un testament étant une dérogation à la loi des successions *ab intestat*, ne pouvait avoir d'effet que s'il était lui-même en forme de loi (3). C'est pourquoi, le père de famille venait devant le peuple assemblé dans les comices par curies, il prononçait à haute voix le nom de celui qu'il voulait faire son héritier, et le peuple ratifiait sa volonté par ses suffrages (4). C'est de la même

(1) Plaute, *Captiv.*, 4, 1, 8. Festus, v° *Sinè sacris*.

(2) Voy. l'anecdote rapportée par Tite-Live, 5, 46.

La gens Fabia avait un sacrifice anniversaire sur le mont Quirinal. Fabius, quoique Rome fût occupée par les Gaulois, n'hésita pas à traverser le camp ennemi pour ne pas interrompre cet acte solennel. En effet, la loi des Douze Tables ordonnait que les sacrifices ne fussent pas interrompus. — Sur les sacrifices, voy. Macrobe, 1, *Saturn.* 16. Festus, v° *Publica sacra* et *Saturn.* Servius *sur l'Énéide*, 2, 166; 3, 407; 5, 706.

(3) Bynkerskœck, 2, observ. 2.

(4) Aulu-Gelle, 15, 27. Beaufort, *loc. cit.*

manière que se faisaient les adoptions (1), parce qu'elles avaient pour but de modifier l'état des familles.

Telle est l'origine du principe du droit romain, d'après lequel la faction du testament est de droit public. Ce principe reposait sur des bases tellement profondes, qu'il s'est perpétué jusque dans les derniers temps; et lors même que la constitution politique et religieuse de Rome fut changée, bien longtemps après qu'on eut cessé de donner au testament la forme d'une loi, on répéta, par une habitude invétérée, qu'il était de droit public.

1431. En France, ce langage manque de vérité; il n'a d'application exacte, ni à notre ancien droit coutumier, ni à notre droit moderne qui en est l'émanation et la continuation. Les droits de famille et de propriété découlent chez nous du droit naturel; ils ne sont pas une concession de l'Etat; ils ne doivent pas leur organisation aux conceptions arbitraires de telle ou telle forme politique. La personne qui dispose de son hérédité au profit de ses successeurs, n'use pas d'une faveur et ne transmet pas de privilége. Elle use tout simplement de son droit de propriété, dont la conséquence légitime et nécessaire est le droit de disposer entre-vifs ou à cause de mort. L'Etat lui est donc redevable de sa protection sans la lui faire payer par des exigences déplacées, sans afficher les prétentions ambitieuses d'un

(1) Aulu-Gelle, 5, 19. Cicéron, *Pro domo*, 13 et 15. Suétone, *Auguste*, 65. Beaufort, *loc. cit.*

suzerain sur un vassal. Il lui doit assistance et appui, comme à tous les autres droits dont le devoir de l'Etat est d'assurer la jouissance.

A la vérité, le droit de tester entraîne avec lui le droit de modifier, dans une certaine mesure, les dispositions de la loi sur les successions *ab intestat*. Mais, qu'est-ce que notre loi sur les successions, sinon un testament présumé et une dévolution calquée sur la volonté probable du défunt, à l'égard de ses enfants ou des siens (1)? La loi sur la succession *ab intestat* n'est donc pas une puissance jalouse de la volonté de l'homme; elle ne la traite pas en rivale, puisqu'elle la prend pour base de ses dispositions(2). Or, si elle cherche à deviner cette volonté et à s'en inspirer quand elle est muette, combien, à plus forte raison, doit-elle être éloignée de la répudier et de s'en plaindre, alors qu'elle s'est ouvertement formulée? Tout ce qu'elle peut demander à cette volonté, c'est qu'elle ne soit pas inofficieuse! C'est que puisant sa force et son autorité dans le droit naturel, elle ne viole pas les droits de la nature et du sang (3)!

1432. Elle peut lui demander autre chose, c'est de s'exprimer suivant certaines formalités. Ici, le droit de tester est obligé de se plier au droit civil et public qui, seul, édicte ces formalités; sous ce rapport, il cesse d'appartenir exclusivement au droit naturel (4). Mais il ne faut pas qu'il s'en plaigne,

(1) *Suprà*, n° 32.
(2) N° 32.
(3) N° 85.
(4) N°s 85 et 266.

puisque ces formalités ont un but protecteur, puisqu'elles sont une garantie de certitude, de sincérité et de liberté, puisque, en un mot, cet emprunt au droit civil et public a pour fin de raffermir le droit naturel.

1433. Et puisque ces formalités sont tutélaires, il s'ensuit que la raison préside à leur établissement, et qu'elles ont pour caractère d'être aussi claires et aussi simples que possible. Qu'y a-t-il, en effet, de plus aisé et de plus commode que le testament olographe, cet excellent établissement du droit français ? Quoi de plus rationnel que cette simplicité du Code Napoléon, qui, unissant la netteté dans les idées à la facilité du langage, admet toutes les dénominations, égalise les choses si péniblement distinctes du droit romain (institution d'héritier, legs, codicille, etc.), et élague les solennités superstitieuses dont ce droit était embrouillé? Il faut donc s'étonner que des personnes de la société, très-instruites, du reste, sur d'autres points, ignorent que le testament participe de la simplicité généralement dominante dans le Code Napoléon, et que rien n'est plus à la portée de tout le monde, qu'un acte de dernière volonté. Il n'y a plus de mystère dans notre droit (1).

1434. Mais pour mieux apprécier le bienfait de cette simplicité, récapitulons quelques-unes des idées et des formes dont les testaments s'étaient compliqués dans la législation romaine.

(1) N° 84.

D'abord, la succession testamentaire devait être déférée de manière à ne rien emprunter à la succession *ab intestat*: il y avait incompatibilité entre l'une et l'autre (1). De là, la maxime, qu'on ne pouvait décéder *partim testatus, partim intestatus*. Il fallait que le testament embrassât tout ou rien: il fallait que la succession *ab intestat* s'étendît à tout ou à rien (2).

Le testament devait ensuite renfermer une institution d héritier. Cette institution était la tête et le fondement du testament (3). Nul testament n'était valable sans institution d'héritier, et l'institution d'héritier ne valait qu'autant qu'elle était faite selon la forme prescrite (4).

1435. Le droit coutumier s'était séparé du droit romain sur cette partie de la jurisprudence. Ce qui faisait dire à Coquille: « En pays coutumier nous » n'avons pas de testaments vrais, *ad instar* de ceux » qui sont introduits par le droit romain, selon le- » quel nul testament ne vaut s'il ne contient insti- » tution d'heritier, et nulle institution d'héritier ne » vaut, sinon faite en testament, qui soit fait selon » la forme prescrite. Pourquoi? C'est superfluité à » nous de faire distinction de testaments et codicilles; » ainsi, toutes dispositions de dernière volonté, faites » par personnes capables et en forme probante,

(1) Pomponius, l. 7, D., *De regul juris*. Justinien, *Instit.*, lib. 2, t. XIV, § 5. Cicéron, *De inventione*, 2, 20.

(2) *Infrà*, n° 1714, sur l'art. 1002.

(3) *Caput et fundamentum testamenti*.

(4) Coquille *sur Nivernais*, tit. 33.

» doivent être réputées testaments à l'effet de notre » coutume (1). »

De là cette disposition de l'article X du titre 33 de la coutume de Nivernais : « Institutions ne substitu- » tions d'héritier par testament, n'autrement, n'ont » point de lieu : en manière que, nonobstant les- » dites institutions ou substitutions, l'héritier habile » à succéder héritera et sera saisi de la succession : » en manière aussi qu'un testament est valable, posé » qu'il n'y ait institution d'héritier. Et combien que » ladite institution ne vaille, ne sera pourtant vicié » le testament ès autres choses. »

1436. C'était là le droit commun attesté par la coutume de Paris (2) et par cette maxime recueillie par Loisel : « Institution d'héritier n'a pas de lieu (3). » Elle signifiait deux choses, que la coutume de Nivernais avait mieux expliquées que plusieurs autres coutumes (4) : d'abord, que la disposition testamentaire de l'homme ne pouvait faire, tout au plus, que des légataires universels, mais qu'il était au-dessus de sa puissance de faire un héritier (5), n'y ayant que Dieu, suivant nos plus an-

(1) Tit. 33, *Des testaments et codicilles.*

(2) Art. 299. *Junge* Auvergne, ch. 12, art. 40. Orléans, 287. Sens, 70. Auxerre, 227. Touraine, 258. Reims, 285. Troyes, 96. Senlis, 165. Blois, 137, etc., etc. Voy., sur la saisine héréditaire de plein droit, les art. de M. V. Rigaud, avocat à Strasbourg (*Revue étrangère*, 1842, t. IX, p. 35, 777, 991).

(3) 2, 4, 5.

(4) Pothier *sur Orléans*, art. 287.

(5) Poitou, 272.

ciennes coutumes, qui puisse faire un héritier (1), « *Solus Deus hæredem facere potest, non homo* (2). » Car, d'après la règle, le mort saisit le vif, c'est le parent le plus proche qui est héritier légitime par le droit du sang; c'est lui qui est saisi de la succession, quelque testament qu'il y ait (3). Une institution d'héritier, en droit coutumier, ne valait donc que comme legs, jusqu'à concurrence des biens disponibles. L'institution contractuelle seule, différente en cela de l'institution testamentaire, avait la vertu de créer, comme le sang, un héritier saisi, un héritier dans la force et l'étendue du terme. Cette exception était le résultat de la convention dans laquelle l'institution contractuelle prenait sa source (4).

Ces idées sur la succession testamentaire conduisaient à cette seconde conséquence, signalée par la coutume du Nivernais, à savoir : Qu'un testament, dans les pays de coutume, était affranchi de la superstition romaine de l'institution d'héritier ; que les dispositions de dernière volonté méritaient le nom honorable de testament, lors même qu'elles ne renfermaient que de simples legs ; qu'enfin, si celui qui avait été institué héritier, ou pour mieux dire, légataire universel, était reconnu incapable, le testament valait pour le surplus sans s'inquiéter du sort de la disposition principale.

(1) Delaurière *sur Loisel, loc. cit.*

(2) Glanville, *De legib. Angliæ*, l. 7, cap. 1. Klimrath, *Étude sur les cout.*, p. 137, note 3.

(3) Delaurière, *loc. cit.* Coquille sur l'art. 10 précité.

(4) *Infrà*, n° 2366.

1437. Il y avait un corollaire qui, du reste, était renfermé dans les deux précédents, c'est que, loin que la succession testamentaire fût incompatible avec la succession *ab intestat*, la première ne pouvait jamais aller sans l'autre. Comme il n'y avait pas de disposition testamentaire qui pût effacer la qualité d'héritier légitime, quiconque faisait un testament, décédait toujours : « *partim testatus, partim intestatus ;* » car l'héritier légitime continuait à conserver sinon l'émolument, au moins le titre dont la parenté et la loi l'investissaient.

1438. On voit que, tandis que les pays de droit écrit conservaient docilement les traditions du droit romain, les provinces coutumières s'étaient ouvert des voies nouvelles et plus rationnelles. Aussi Coquille célébrait-il, avec grande raison, la supériorité du droit coutumier en ce point : « Nous, en ce pays » coutumier, ne sommes sujets aux subtilités, for- » mules et fâcheuses superstitions introduites par » le droit romain au fait des testaments. Et a été bien » avisé par nos prédécesseurs de nous délivrer de » cette servile subjection par laquelle les plus fins » et les mieux avisés faisaient bien leurs affaires, et » ceux qui besoignaient rondement, étaient sur- » pris (1). »

1439. Le Code Napoléon a gardé cette simplicité de l'ancien droit français. Il veut sagement que l'on s'attache surtout à la volonté du testateur, effaçant des distinctions désormais inexplicables entre le tes-

(1) Sur l'art. 10.

tament et le codicille, entre l'institution d'héritier et les legs. Point de termes sacramentels, point de dénominations privilégiées. Le Code permet à celui qui veut disposer de son bien, de faire comme ce testateur dont parle la loi 88, § *ultim.* D., *De legat.* 2°, qui avait suivi son bon sens et son jugement, plutôt qu'une misérable et trop grande diligence (1). Ce parti était souvent périlleux en droit romain, malgré tous les adoucissements apportés par l'art des jurisconsultes. Il a rarement du danger dans notre droit moderne, qui met la volonté de l'homme sensé au-dessus d'un formalisme subtil.

1440. De plus, le Code Napoléon imitant, sur ce point, le droit coutumier, n'admet pas que le testateur puisse, par une institution d'héritier, enlever aux héritiers à réserve la qualité qu'ils tiennent de la nature et de la loi. Malgré toute disposition universelle, ils sont saisis : le légataire universel est obligé de leur demander la délivrance (2), en sorte que nos testaments ne sont, pour nous servir d'une expression de D'Aguesseau, que des fidéicommis que le défunt commet à l'exécution de ses héritiers à réserve. Mais nous reviendrons sur ces points dans le commentaire des art. 1002 et suivants.

(1) « *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi, sinè ullo* » *jurisperito, rationem animi mei potiùs secutus, quàm nimiam* » *et miseram diligentiam : et si minùs aliquid legitimè, mi-* » *nùsve peritè fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis* » *sani voluntas.* »

(2) *Infrà* sur l'art. 1004.

ARTICLE 968.

Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle.

SOMMAIRE.

1441. Déjà l'ordonnance de 1735 avait défendu l'usage des testaments conjonctifs ou mutuels, mais en admettant quelques exceptions.

1442. Le Code Napoléon a maintenu le principe sans aucune exception.

1443. Différence qu'il fait, sur ce point, entre la donation et le testament.

COMMENTAIRE.

1441. C'était autrefois un usage presque généralement admis que celui des testaments conjonctifs ou mutuels (1). « Il n'y a point de difficulté, dit Ri-
» card (2), que la donation mutuelle peut être com-
» prise en un testament sans que l'on puisse lui
» faire encourir le vice de la captation, ainsi qu'il
» est expressément porté par la novelle de Valenti-
» nien, *De testamentis*, où cet empereur, parlant des
» testaments mutuels, dit fort bien à notre sujet:

(1) Loisel, 4, 4, 9.
(2) *Don mutuel*, n° 37.

» *Quoniàm nec captatorium dici potest cùm duorum* » *fuerit similis affectus et simplex religio testamenta* » *condentium* (1). »

Mais l'ordonnance de 1735 sur les testaments poussa la prévoyance plus loin que la novelle de Valentinien : elle craignit que le testateur ne fût exposé aux suggestions de la personne avec qui il faisait son testament conjointement ; et, pour prévenir cet inconvénient, elle défendit (2) l'usage des testaments mutuels et conjonctifs, soit par mari et femme, soit par d'autres personnes (3). Déjà le parlement de Grenoble avait adopté une jurisprudence qui rejetait tout à fait l'usage de ces testaments.

Mais cette disposition de l'ordonnance de 1735 fut soumise à quelques exceptions, particulièrement en faveur des pères et mères qui voulaient faire entre leurs enfants le partage de leurs biens.

1442. Le Code Napoléon est allé plus loin, et, en ne répétant point les exceptions mentionnées dans l'ordonnance, il les a abrogées.

1443. On a vu ci-dessus (4) que les donations mutuelles sont autorisées par le Code. En comparant cette tolérance de la loi pour la donation avec la prohibition dont les testaments ont été l'objet, ne trouve-t-on pas un nouvel argument à ce que nous avons dit précédemment (5), qu'il semble que le législateur

(1) *Junge* le même auteur, *Donations*, part. 3, n° 63.
(2) Art. 77.
(3) Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 591.
(4) V. *suprà*, sur l'art. 960, n°s 1392 et 1393.
(5) N°s 468, 469.

exige une volonté plus pleine, plus entière de la part du testateur que dans les autres actes de la vie civile? On peut en donner la raison suivante: La crainte des surprises est moins grande alors qu'il s'agit de se dépouiller actuellement et irrévocablement, que lorsqu'il s'agit de disposer pour le temps où on ne sera plus. Le testateur est plus accessible aux séductions et aux entraînements qui n'ont pas d'effet actuel, que le donateur qui est retenu par la nécessité de se lier sur-le-champ et sans pouvoir se repentir. Le premier est plus facile dans sa libéralité, parce qu'il ne doit pas en voir les suites ; le second est plus réservé, parce que le sentiment de la conservation parle hautement, alors qu'il faut subir, sur-le-champ, le contre-coup de ce à quoi l'on s'engage.

ARTICLE 969.

Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique.

SOMMAIRE.

1444. Des trois formes de testaments.
1445. Ces trois formes supposent nécessairement que le testament doit être rédigé par écrit.
1446. Un legs verbalement imposé par le testateur à l'exécuteur testamentaire serait nul.
1447. Du testament nuncupatif à Rome. — Usage de ce testament en France jusqu'à l'ordonnance de 1731.

1448. La preuve testimoniale ne serait pas admissible pour établir l'existence d'un fidéicommis verbal au profit de celui qui en réclame l'exécution.

1449. L'art. 969 s'oppose-t-il à ce qu'on puisse tester par gestes ou par signes?

1450. La preuve testimoniale ne saurait avoir lieu, alors même qu'il y aurait commencement de preuve par écrit;

1451. A moins pourtant qu'il n'y ait fraude et que, par exemple, le testament n'ait été détruit par l'héritier *ab intestat*.

1452. En ce cas, c'est à l'auteur de la destruction à prouver que le testament n'était pas dans la forme légale.

1453. Il en serait différemment, si le testament avait été détruit par force majeure.

1454. Peut-on tester par relation à un écrit non revêtu des formes testamentaires? — Distinction.

1455. Ou le testament se réfère à un acte antérieur valable, afin d'individualiser ou de déterminer la personne ou la chose qui fait l'objet de la disposition, et alors la relation produit son effet. — Exemple.

1456. Suite.

1457. Ou bien le testateur se réfère à un écrit séparé qui sert à manifester la substance de sa volonté, et alors le testament pèche par sa base.

1458. Un testament ne saurait non plus se référer à un testament antérieur nul en la forme.

1459. Il en serait différemment si le testament, auquel il est référé, était sans effet pour cause de caducité ou pour défaut de capacité de l'institué.

1460. Suite.

1461. On peut interpréter ce qui est exprimé dans un testament par tout ce qui est de nature à révéler et à préciser la volonté du testateur.

1462. Mais, s'il s'agit d'une omission de forme, il ne pourra y être suppléé que par des preuves puisées dans le testament même.

COMMENTAIRE.

1444. Notre article admet et consacre trois formes de testaments : le testament olographe, le testament par acte public, le testament mystique. Nous expliquerons, sous les articles suivants, tout ce qui se rattache à ces trois formes habilement variées pour la commodité des disposants.

1445. De ce que le Code Napoléon ne reconnaît que les trois sortes de testaments dont il vient d'être parlé, il s'ensuit que tout testament doit être rédigé par écrit, grand principe que l'ordonnance de 1731 avait explicitement consacré dans son art. 1er, et qui résulte implicitement des dispositions combinées du Code ; en sorte que l'écriture n'est pas seulement requise pour la preuve du testament, elle tient encore à la forme et à la solennité, et aucune preuve ne pourrait la suppléer, quelque modique que fût la somme léguée. Dès lors, quand même l'héritier avouerait qu'il a été chargé par le défunt d'un fidéicommis verbal, cet aveu serait sans force, si cet héritier ne consentait pas volontairement à l'exécuter. Car ce qu'il avouerait, ce serait une disposition que la loi ne reconnaît pas et dispense d'accomplir (1).

1446. Il suit de là, que si un testament donnait à Titius, son exécuteur testamentaire, une somme d'argent pour être employée suivant les intentions qu'il lui a manifestées verbalement, cette disposition serait nulle pour le tout ; nulle à l'égard de Titius,

(1) *Suprà*, nos 549, 554, 555.

car ce ne serait pas lui que le testateur eût voulu gratifier; nulle à l'égard de celui qui aurait été nommé à Titius, car toute institution, tout legs doit être rédigé par écrit. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour de cassation du 12 août 1811, dont j'ai parlé ailleurs (1); la loi suspecte facilement la fraude dans les dispositions que l'on veut environner du secret, sans les confier à la foi de l'écriture.

1447. Les Romains avaient le choix de faire un testament verbalement ou par écrit. Le testament que les interprètes ont appelé nuncupatif (2), se faisait de vive voix, quoiqu'on pût y employer l'écriture, *probationis causâ* (3). Voici quelle en était la forme. Le testateur, après avoir fait assembler sept témoins dans le même temps et dans le même lieu, leur déclarait sa volonté de manière qu'ils l'entendissent et le comprissent distinctement (4); *hoc perfectissimum testamentum jure civili, firmumque constitutum*, disait Justinien dans ses Institutes (5). Après la mort du testateur on faisait la preuve de ses dernières volontés, par la résumption judiciaire des témoins qui avaient assisté à la nuncupation (6).

(1) N° 549.

(2) D'après la loi 21, D., *Qui test. facere possunt*, où Ulpien dit : « *Licebit ergò testanti vel nuncupare hæredes, vel scribere.* »

(3) L. 4, D., *De fide instrum.* L. 4, D., *De pignoribus.*

(4) L. 21, § 2, C., *De testamentis.* L. 21, D., *Qui testam. facere possunt. Pandectes* de Pothier, t. II, p. 178, n°s 40 et 22.

(5) *De testam. ordinandis*, § 14.

(6) Furgole, *Testaments*, II, 13. Doneau, 6, 10, 1 et seq. Corvinus sur le C., *De test. ordin.*

Ces testaments nuncupatifs avaient leur utilité pour les personnes qui se voyaient pressées par l'extrémité de la maladie, et qui ne pouvaient disposer autrement (1). Ils étaient, d'ailleurs, dans les mœurs du peuple romain, depuis les temps les plus anciens (2). Mais cette forme manquait de sûreté; elle livrait à la mémoire fugitive des témoins la dernière et la plus chère volonté des hommes (3).

Lorsque le testament nuncupatif était rédigé par écrit, afin de l'accompagner d'une forme probante, cette circonstance ne dispensait pas de l'assistance des sept témoins qui devaient signer l'acte; et alors ce testament ne différait du testament écrit, qu'en ce que ce dernier exigeait une plus grande solennité que les autres, comme nous le verrons plus bas.

L'usage du testament nuncupatif s'étendit dans toute la France, jusqu'à ce que l'ordonnance de Moulins eut défendu la preuve par témoins, au-dessus de 100 livres. A cette époque, les parlements se divisèrent sur l'application de cette ordonnance aux testaments. Les uns ne pensèrent pas que son but fut de porter atteinte à un usage spécialement consacré, par le droit romain, en faveur des mourants. Les autres, au contraire, regardèrent les testaments verbaux comme nuls, toutes les fois que la somme dépassait 100 livres.

(1) Ricard, *Donations*, p. 1, n° 1326.
(2) Caïus, *comm.* 2, § 103.
(3) Corvinus, *loc. cit.*

L'ordonnance de 1731 abolit définitivement un genre de disposition qui donnait matière à beaucoup de fraudes et de faux serments. Cette ordonnance mémorable par sa sagesse, n'hésita pas à prendre en considération les observations de tous les commentateurs qui, voyant les dangers du testament verbal, avaient conseillé de préférence l'usage du testament mystique ou écrit (1).

1448. Du principe qu'on ne peut tester verbalement, il suit que la preuve testimoniale n'est pas admissible pour établir l'existence d'un fidéicommis verbal, au profit de celui qui en réclame l'exécution (2). Mais rien n'empêche de recourir à la preuve testimoniale ou aux présomptions, pour prouver qu'une disposition, pure et simple en apparence, cache en réalité une charge de rendre, secrète et contraire aux lois (3). Ici la preuve testimoniale n'est reçue que pour démasquer la fraude.

1449. Mais notre article s'oppose-t-il à ce qu'on puisse tester par gestes ou par signes? Nous avons vu, ci-dessus, que le sourd-muet peut faire une donation par signes (4), et il semble, au premier coup d'œil, que le sourd-muet qui peut faire comprendre sa pensée par ce langage muet qui a acquis, par le progrès de la science, tant d'énergie et de précision (5), ne doit pas être moins capable de faire

(1) Doneau, VI, 10, 10.
(2) Paris, 31 juillet 1819. (Devill. 6, 2, 120).
(3) *Suprà*, n°s 685, 686 et 703.
(4) N° 539.
(5) N°s 1137, 1138.

un testament, en employant ce mode de transmettre ses volontés.

Cependant, la loi, plus rigoureuse (comme il arrive souvent) à l'égard des testaments qu'à l'égard des donations, n'admet pas le testament public par signes et par gestes (1). Elle veut qu'il soit dicté, ce qui exclut le langage d'action, quelque éloquent qu'il soit (2).

Mais pourquoi le Code Napoléon n'aurait-il pas fait, en faveur des sourds-muets, une exception que le droit romain avait introduite en faveur du soldat (3)? Pourquoi le droit naturel, qui avait suggéré aux jurisconsultes romains cette faveur particulière, n'aurait-il pas aussi élevé sa voix puissante au profit d'une classe d'hommes si dignes de commisération? Sans doute, les sourds-muets que leur éducation a mis en possession d'une culture intellectuelle perfectionnée, peuvent faire un testament olographe ou mystique, puisqu'ils savent écrire. Mais pourquoi le pauvre sourd-muet qui n'est pas arrivé à ce progrès doit-il joindre à son malheur celui de ne pouvoir disposer pour le temps où il ne sera plus? Au surplus, ces idées se représenteront dans notre commentaire de l'art. 979 du Code Napoléon.

1450. L'écriture est tellement de l'essence des testaments, qu'on ne saurait suppléer à ses clauses

(1) N° 537.

(2) *Infrà*, art. 979.

(3) L. 4, D., *De testam. milit.* L. 1, D., *Eodem titulo.* L. 3, C., *De testam. milit.*

par la preuve testimoniale, y eût-il un commencement de preuve par écrit. Le Code, en effet, est conçu dans le même esprit que l'ordonnance de 1735 (1); il ne veut de la preuve testimoniale, ni pour créer les dispositions de dernière volonté, ni pour changer celles qui sont écrites dans le testament et leur substituer, sous prétexte d'obscurité, une volonté non exprimée. C'est dans l'acte même que les magistrats doivent rechercher, d'après leurs lumières, les raisons de décider (2).

Ceci ne veut pas dire que lorsqu'il s'agit d'interpréter des expressions douteuses, obscures, ambiguës, on ne puisse pas recourir à des présomptions extrinsèques (3). Tous les jours il arrive aux magistrats de puiser des interprétations de volonté dans des sources étrangères au testament (4), et rien n'est plus légitime. Mais ce qui est défendu, c'est de supprimer des clauses écrites par l'invocation d'une volonté qui n'a pas de base dans le testament.

1451. Il faut excepter cependant le cas de fraude à la loi, ainsi que nous l'avons dit, il n'y a qu'un instant.

De là, il suit que si le testament vient à être dé-

(1) Art. 893 combiné avec l'art. 969.

(2) Cassat d'un arrêt d'Orléans, 28 décembre 1818 (Dalloz, *Disposs. test.*, t. VI, p. 70). Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 646). Cet arrêt, parfaitement rendu dans l'espèce, contient quelques considérants trop larges dont il faut se délier.

(3) *Infrà*, n° 1461.

(4) L'arrêt du 28 décembre 1818 semble contrarier cet usage, dans ses considérants. En ce sens, il va trop loin.

truit par la fraude de l'héritier *ab intestat*, l'héritier testamentaire pourra prouver qu'un testament a existé en sa faveur, qu'il a été détruit par le fait d'une personne intéressée à le faire disparaître (1) : l'existence peut se prouver par la déclaration du dépositaire, ou par l'aveu des héritiers.

1452. Et il y a ceci de remarquable, que l'existence du testament étant établie, c'est à l'auteur de la lacération ou de la destruction à prouver qu'il n'était pas dans la forme légale. Car l'héritier institué, privé de son titre par celui qui le critique, n'a aucun moyen, par le fait de celui-ci, de se défendre contre son attaque (2).

1453. Mais quand le testament a été détruit par force majeure, par exemple, par un incendie, il ne suffit pas à l'héritier institué de prouver qu'un testament a existé ; il doit aussi prouver quel en était le contenu, et qu'il était en forme régulière (3). Il faut que des témoins à ce connaissant et idoines, déclarent non-seulement qu'ils ont vu et lu le testament, mais qu'ils savent ce qui y était contenu, et qu'ils n'y ont aperçu aucun vice : « *Non modò se vidisse ac legisse instrumentum quod dicitur amissum, sed scire quid in eo contineatur atque nullâ in parte esse vitiosum* (4). » Les lois romaines recommandent même,

(1) Cassat., 1er déc. 1812 (Dalloz, *Disp. test.*, t. V, p. 609.

(2) Même arrêt.

(3) « *Amisso instrumento....., non extinguitur dummodò » aliundè tenor constat et probari possit.* » (Corvinus sur le Code *De fide instrumentorum et amissione eorum*)

(4) Perezius sur le Code, *eod. tit.*, n° 29. Cassat., 17 février 1807 (Dalloz, *Disp. entre-vifs*, t. V, p. 607).

en pareille matière, de n'avoir égard qu'à des preuves manifestes : *manifestissimis probationibus* (1).

1454. A notre article se rattache la question de savoir si on peut tester par relation à un écrit non revêtu des formes testamentaires (2). On comprend sur-le-champ la difficulté : puisque le testament doit être rédigé dans l'une des trois formes autorisées par notre article, est-il admissible que dans une partie, il en reste affranchi? Si l'acte auquel on se réfère est imparfait, ne craint-on pas de sortir du cercle tracé par notre article?

Cette question ne peut être résolue qu'au moyen d'une distinction.

Ou le testament se réfère à un acte antérieur valable, afin d'individualiser ou de déterminer la personne ou la chose qui fait l'objet de la disposition; dans ce cas, la relation doit produire son effet.

Ou bien le testament se réfère à un écrit séparé qui sert à manifester la substance de sa volonté, et alors le testament pèche par sa base.

Reprenons successivement les deux branches de cette distinction pour montrer la justesse de nos solutions, et parlons d'abord de la première.

1455. « Je lègue à Titius la somme mentionnée » dans un acte du 25 février 1824, que Sempronius » a souscrit à mon profit. »

(1) Antonin, l. 1, C., *De fide inst. et amiss. eorum.*

(2) Furgole, t. I, p. 29, n° 22. Merlin, t. XVII, v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 4, n°s 1, 3, 4, 5. M. Bayle-Mouillard sur *Grenier*, t. II, p. 229. M. Zachariæ, t. V, p. 76, § 665. Poitiers, 10 août 1832 (Devill., 32, 2, 453).

Dans ce cas, la relation à l'acte du 25 février 1824 n'a pour objet que de préciser la somme léguée. Du reste, le testament contient la substance du legs : il renferme une certitude sur la personne et sur la chose. Il ne demande d'éclaircissement supplémentaire que sur un détail, sur la quantité. Cette décision est en parfaite harmonie avec ce que nous apprend Paul (1) de la doctrine des anciens jurisconsultes, qui tenaient pour constant qu'un legs conçu en ces termes : « Je donne à Titius la somme que » j'indiquerai dans une lettre que je lui écrirai, » est valable. Quoique la lettre serve à expliquer le testament, il n'en est pas moins vrai que c'est dans le testament que le legs prend sa substance. Il n'y a que la quantité qui soit constatée par la lettre (2).

De même, si Titius, qui faisait une pension à Sempronia, lui lègue la somme de **, à titre de pension viagère (sans la préciser), on suppléera l'omission de la quantité, par les livres de dépenses et autres écrits, desquels résultera le chiffre de la pension qui avait cours de son vivant (3).

1456. Cette décision s'applique au cas où le testateur aurait dit : « J'institue pour mon héritier celui » de mes frères dont le nom sera écrit sur une feuille » de papier qu'on trouvera dans le second tiroir de » mon secrétaire. » Cette disposition se soutient par

(1) L. 38, D., *De cond. et demonst.*

(2) *Junge* l. 71, *De hæred. instit.* Pand. de Pothier, t. II, p. 203, n° 43.

(3) L. 44, D., *De annuis legatis.* Pothier *sur Orléans*, t. XVI, n° 22.

les raisons que nous venons de dire. La substance de la disposition est dans le testament; il n'y manque qu'une circonstance qui peut être précisée par des faits extérieurs et par une relation équivalente à ce que le testateur aurait dit dans le testament. En pareil cas, tous les arguments sont bons pour arriver à constater la volonté, ainsi que le dit très-bien Celsus : « *Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est* (1) » On trouve deux exemples de ceci dans les lois 77, D., *De hæred. instit.* et 10, D., *De condit. instit.* (2).

Il n'est pas inutile de rappeler l'espèce de la loi 77. On sait que par le droit romain, on ne pouvait donner l'hérédité par codicille; l'institution d'héritier était exclusivement attribuée au testament, acte civil et solennel qui, seul, avait ce privilége (3). Cependant un testateur avait fait un testament ainsi conçu : « Je donne mon hérédité à celui dont j'écri- » rai le nom dans mon codicille. » Papinien pensa que rien ne s'opposait à la validité du testament. Car, quoique le nom de l'héritier fût écrit dans le codicille, ce n'était pas le codicille qui l'instituait,

(1) L. 25, D., *De rebus dubiis.*

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p 370, n° 14, et p. 261, n° 12.

(3 Papinien, l. 77, D., *De hæred. instit.* : « ... *Asse toto* » *non distributo, ità scriptum est, quem hæredem codicillis* » *fecero, hæres esto : Titium codicillis hæredem instituit. Ejus* » *quidem institutio valet, ideò quod licet codicillis dari hære-* » *ditas non possit, tamen hæc ex testamento data videtur : sed* » *hoc tantùm ex hæreditate habebit, quantum ex asse residuum* » *mansit.* » (Voy. Cujas sur cette loi, *Quæst. Papin.*, lib. 17.)

mais bien le testament, le codicille ne faisant autre chose que désigner la personne. Ulpien donne la même solution dans la loi 10, D., *De cond. inst.*, qui prouve l'unité de doctrine sur ce point; et il n'en peut être autrement, puisque c'est en réalité dans le testament que se trouve la substance de la disposition (1).

Dira-t-on que, dans les deux hypothèses prévues par Ulpien et Papinien, le codicille était, chez les Romains, un mode de disposer avoué par l'équité, reconnu par la jurisprudence, et que, sous cette forme légale, la disposition explicative ou supplémentaire pouvait raisonnablement venir s'identifier avec le testament antérieur ou postérieur; mais qu'il ne saurait en être de même dans l'espèce posée par nous, où nous avons supposé que le nom de l'héritier est écrit sur une feuille de papier qui ne mérite pas le nom d'acte. Nous répondons que, d'après la rigueur des idées romaines sur l'institution d'héritier, un codicille était aussi insuffisant pour remplir cette condition fondamentale de tout testament, que notre feuille de papier.

Et puis, s'il est vrai qu'on puisse instituer un héritier dans la forme que voici, « Je nomme pour mon » légataire universel celui qui remportera le prix à » telle académie, » pourquoi l'institution faite dans le mode que nous discutons serait-elle condamnée? C'est ainsi que, quand le nom du légataire est laissé en blanc, il est permis au juge de recourir à des

(1) Voy. Cujas, *loc. cit.*

preuves extrinsèques pour combler cette lacune et interpréter la volonté du testateur (1).

1457. Venons, à présent, à la deuxième branche de notre distinction.

Lorsque la substance de la disposition ne se trouve pas dans le testament, et qu'il faut aller la chercher dans un écrit séparé auquel le testament se réfère, la disposition est nulle; car le testament doit se suffire à lui-même dans tout ce qui tient à la substance de la volonté.

Ainsi, serait radicalement nul un testament dans lequel le testateur dirait : « Je veux qu'on exécute » comme ma volonté tout ce qui est contenu dans tel » écrit fait de la main de François. » Si ce mode de disposer était toléré, on réduirait les testaments à de simples formules, et toutes les mesures prises par le législateur pour protéger par d'utiles solennités la sincérité des dernières volontés, s'écrouleraient.

Il est vrai que dans l'ancienne jurisprudence, on trouve des auteurs qui, sur le fondement d'une mauvaise interprétation de la loi 77, D., *De hæred. instit.*, admettaient ces dispositions par relation à un acte non valable comme testament (2). Mais c'était là une erreur condamnable et féconde en inconvé-

(1) Aff. Schneider. Cassat., rej., 23 décembre 1828 (Devill. 9, 1, 205).

(2) Covarruvias, *De testam.*, ch. 14, n° 6. Montvallon, *Traité des successions*, ch. VI, art. 20, n° 8. Stockmans, *Decisiones brabantinæ*, § 14. Arrêt de la cour de Turin, 17 floréal an XI, rapporté par Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 650.

nients. Nul ne saurait, sous le Code Napoléon, y prêter les mains (1).

1458. Un testament ne saurait non plus se référer à un testament antérieur nul en la forme (2). Comment pourrait-il trouver, dans ce qui n'a pas d'existence légale, la force qui lui est nécessaire pour subsister? C'est, en effet, une règle sur laquelle nous insisterons plus tard, qu'un testament nul doit être refait.

1459. Mais rien n'empêcherait que le testateur se référât, dans son testament, à un autre testament resté sans effet par défaut de capacité de l'institué, ou pour raison de caducité; ainsi, par exemple, il pourrait dire : « Je donne à Pierre ce que j'ai donné à Fran- » çois dans mon testament de tel jour, attendu que » François est décédé avant moi (3). »

1460. Voici, à ce propos, une espèce curieuse :

Cadier, vicomte de Veauce, avait fait à Bourges, le 20 septembre 1835, un codicille dont je cite la teneur :

« Mon neveu Amable Cadier, baron de Veauce, » étant décédé, ma volonté est que les dispositions » testamentaires que j'avais faites en sa faveur, re- » tournent en entier à ses enfants, Eugène et Marie » Cadier de Veauce, à qui elles profiteront, les re- » nouvelant pour eux par ce codicille. »

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 12.

(2) Merlin, *loc. cit.* Turin, 19 mars 1810 (Devill. 3, 2, 231). Cassat., rej., 21 nov. 1814 (Dallez, loc. cit. t. VI, p. 64).

(3) Africanus, l. 109, D., *De legat.*, 1°.

Le vicomte de Veauce mourut le 26 avril 1836.

Qu'étaient-ce que ces dispositions testamentaires qu'il avait faites au profit du baron de Veauce, son neveu décédé? Elles furent recherchées après sa mort. Mais on ne trouva dans son secrétaire qu'un testament non signé, ni daté, écrit de sa main. Dans cet écrit, il instituait le baron de Veauce pour son légataire universel, et faisait quelques legs particuliers.

Les héritiers du sang prétendirent que le codicille du 20 septembre 1835 manquait d'une de ses parties substantielles; qu'il se référait à un testament qui ne se trouvait pas; que la relation ne pouvait se faire à un acte imparfait et nul en la forme, ainsi que le prétendaient les légataires; ils opposèrent à ceux-ci le principe par nous posé au numéro 1458.

Mais les légataires en repoussèrent l'application. Ils disaient: Nous ne voulons d'autre titre que le testament du 20 septembre 1835; il est le seul dont nous puissions nous prévaloir. Le testament trouvé le 26 avril 1836 ne nous donne aucun droit; il ne sert qu'à interpréter le testament du 20 septembre 1835. Or, ce testament est valable; il est en la forme olographe: il renferme une volonté précise, une institution d'héritier; les légataires sont nommés, le testateur déclare sa volonté de les gratifier. Il n'y a qu'un point incertain: c'est la mesure des droits de ces héritiers. Or, cette mesure peut être déterminée par un acte qui n'a pas la forme d'un testament et auquel s'en réfère le testateur. Si l'on en doute, on

n'a qu'à consulter les lois romaines : elles feront cesser les scrupules (1).

Le tribunal de 1re instance de Bourges adopta ce système. Il vit dans le testament du vicomte de Veauce, de 1835, une institution d'héritier dont la substance était nettement posée ; et, partant de là, il crut pouvoir suivre le procédé donné par Ulpien et Papinien, pour combler la lacune relative à la mesure des droits.

Mais il ne faisait pas attention à une chose importante : c'est que, dans l'espèce des lois romaines, la relation faite par le testateur portait sur un acte certain, tandis qu'ici l'incertitude planait sur l'acte relaté. Le vicomte de Veauce, en effet, s'était référé à un testament, et ses légataires voulaient qu'on se référât à un acte qui n'était pas un testament. En présence de ce projet informe un doute très-grave saisissait l'esprit. Était-ce là l'acte auquel le testateur s'était référé? N'avait il pas en vue un testament parfait qu'il avait rédigé, et qu'on ne représentait pas? Il ne faut donc pas s'étonner si le jugement de première instance fut infirmé par la cour d'appel de Bourges, et si les légataires universels perdirent leur procès (2). Quoi qu'il en soit, cet arrêt n'infirme en rien les principes posés aux numéros précédents.

1461. S'il est vrai que le testament puisse se compléter dans certains détails et accessoires qui y manquent par des moyens extrinsèques, il est évident

(1) *Suprà*, n° 1456.

(2) Arrêt inédit de Bourges du 23 juillet 1851. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation, le 22 juin 1852, ch. des req. (*Gazette* du 25 juin 1852).

qu'on pourra, à plus forte raison, interpréter ce qui y est exprimé par tout ce qui est de nature à révéler et à préciser la volonté du testateur, bien que ces renseignements soient puisés ailleurs que dans le testament même (1). On pourra donc consulter utilement ses usages personnels, ceux de la contrée où il vivait, ses rapports avec le légataire ou avec sa propre famille, ses affections, ses antipathies, etc., etc. (2). Rien n'est plus certain, rien n'est plus légal, malgré quelques considérants d'arrêts qui ont été trop loin dans les développements d'une doctrine qu'ils n'avaient pas à appliquer à ce point de vue (3).

1462. Mais toutes les fois qu'il s'agira de la forme de l'acte, ce qui y manque d'essentiel, comme une date ou autre chose semblable, ne pourra être suppléé qu'en puisant dans le testament même et non ailleurs. Ici, les preuves extrinsèques sont sans valeur, parce que dans tout ce qui tient aux solennités, le testament doit se suffire à lui-même (4).

Article 970.

Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : il n'est assujetti à aucune autre forme.

(1) Celsus, l. 25, D., *De rebus dubiis*.

(2) Ulpien, l. 50, § fin., D., *De legat.*, 1°. Paris, 27 août 1811 (Dalloz, *loc. cit.*, t. VI, p. 65). Cassat., rej., 23 décembre 1828 (D., 29, 1, 77). Pothier sur *Orléans*, t. XVI, n°s 22 et 154.

(3) *Suprà*, n° 1430.

(4) *Infrà*, n° 1484.

SOMMAIRE.

1463. Le testament olographe n'était point admis en droit romain, et c'est par exception qu'une novelle de Théodore et Valentinien, et quelques lois du Digeste, ont validé des dispositions olographes.

1464. Dans les pays de coutume, l'usage du testament olographe était très-répandu. — L'ordonnance de 1629 essaya vainement de l'étendre aux pays de droit écrit.

1465. On se demandait alors si un individu, appartenant par son domicile à un pays de droit écrit, pouvait tester par la forme olographe lorsqu'il se trouvait en pays coutumier.

1466. Aujourd'hui le testament olographe est pratiqué dans toutes les parties de la France.

1467. 1° De l'écriture, par le testateur, du testament olographe. — Conséquences.

1468. Mais une interligne d'une main étrangère ne vicierait le testament qu'autant qu'il serait constant qu'elle en fait partie.

1469. La participation d'un tiers à la confection d'un testament, par exemple pour donner un conseil ou rappeler une règle, ne vicie pas le testament.

1470. Il en serait de même de la participation d'un tiers au testament d'un aveugle.

1471. La loi, dans les trois conditions qu'elle exige pour la confection du testament olographe, n'est pas aussi rigoureuse que s'il s'agissait d'un acte public.

1472. Ainsi, le testament pourrait être écrit et signé au crayon.

1473. Il peut être fait sur plusieurs feuilles, même des feuilles volantes. — Espèce soumise à la cour de cassation.

1474. Peu importe que les interlignes ou les ratures aient été ou non approuvées par le testateur.

1475. L'emploi du papier timbré n'est pas nécessaire.

1476. *Quid* du testament par lettres missives? — Il était nul sous l'ordonnance de 1735.

1477. Il faut décider, sous le Code, que la lettre qui porte le caractère d'une disposition testamentaire est valable.

1478. Pour pouvoir être considéré comme testament olographe, l'écrit doit avoir été fait en vue de la mort.

1479. 2° De la date du testament olographe. — La date, jusqu'à l'ordonnance de 1735, ne fut pas considérée comme nécessaire.

1480. Il n'est pas indispensable que la date comprenne l'énonciation du lieu.

1481. La date peut être écrite en chiffres.

1482. Elle doit être écrite de la main du testateur. — *Quid* de la date incertaine?

1483. *Quid* de l'erreur de la date?

1484. Cette erreur peut-elle se suppléer? — Exemple.

1485. Autre exemple rapporté par Dumoulin.

1486. Ce qui paraît être le résultat d'une erreur est quelquefois le résultat d'une volonté réfléchie.

1487. La fausseté de la date équivaut à l'absence de date.

1488. L'inscription de faux n'est pas nécessaire pour prouver une erreur ou une fausseté de date.

1489. Les rectifications, dans les omissions ou erreurs d'un testament olographe, ne peuvent être faites qu'autant qu'elles sont commandées par le contexte même du testament.

1490. Les dispositions additionnelles sont présumées se référer à la date apposée au corps de l'acte.

1491. La place de la date de l'acte est indifférente.

1492. Le testament olographe fait foi de sa date. — Conséquences.

1493. 3° De la signature du testament olographe. — Elle peut être séparée du corps de l'acte par quelques lignes en blanc.

1494. L'énonciation des noms du testateur, même avec une

suite d'écriture, peut être considérée comme signature.

1495. De quel nom le testateur doit-il signer? — Le testament de Massillon.

1496. La signature du nom de baptême pourra, selon les circonstances, être considérée comme suffisante.

1497. Il en est de même de la signature mal orthographiée ou peu lisible, si l'identité du testateur est certaine.

1498. Solennité du testament olographe écrit, daté et signé de la main du testateur. — Conséquences. — Mais l'écriture n'en est pas moins une écriture privée.

1499. Sur qui retombe, en cas de dénégation, la charge de faire la vérification de l'écriture? — Distinction. — Si le légataire est en présence d'un héritier réservataire, c'est à ce légataire à faire la vérification.

1500. Mais si le légataire universel, en présence d'un héritier du sang non-réservataire, a obtenu l'envoi en possession, et se trouve ainsi nanti en vertu d'un titre, c'est à l'héritier du sang qu'incombe la vérification.

1501. Réfutation de l'opinion contraire.

1502. Un testament nul comme mystique, peut-il valoir comme olographe? — Renvoi.

1503. Peu importe la langue dans laquelle est écrit le testament.

COMMENTAIRE.

1463. Le testament olographe remonte à des usages très-anciens, que le droit romain avait rencontrés dans sa marche et qui lui avaient paru dignes d'attention. On voit, en effet, dans le Code Théodosien, une novelle des empereurs Théodose et Valentinien, qui voulant favoriser l'héritier d'une certaine Pélagie dont le testament était dans cette forme, déclarait ceci d'une manière générale : « *Ut quisquis per holo-*

» *graphiam scripturam, supremum maluerit ordinare* » *judicium, habeat liberam facultatem. Et, si holo-* » *graphâ manu testamenta condantur, testes neces-* » *sarios non putamus* (1). »

Cette novelle donnait, sur l'utilité du testament olographe, les motifs les plus plausibles. Un homme, pressé par le besoin d'exprimer ses dernières volontés, n'est pas toujours à portée d'officiers publics et de témoins; d'un autre côté, il est facile d'empêcher, par des obsessions, une personne de faire son testament public; il n'est pas aussi aisé de la surveiller assez pour l'empêcher de faire un testament olographe. Enfin, celui qui fait un testament olographe peut la méditer, le lire et la relire, le corriger, le refondre et le refaire.

Malgré ces excellentes raisons, cette constitution n'eut pas le privilége d'être généralement observée. Justinien n'en fait aucune mention dans son Code: il y déroge même en tant que de besoin, en exigeant, par la loi *Hâc consultissimâ*, l'assistance des témoins, même pour les testaments écrits de la main du testateur (2). Toutefois, la forme olographe fut autorisée par la novelle 107, au profit du père qui faisait le partage de ses biens entre ses enfants (3); mais ce n'était là qu'une exception, et le testament olographe n'était pas reçu dans le corps de droit.

(1) *Novell.*, lib. 2, tit. 4, *De testamentis*, voy. Jacques Godefroy.

(2) L. 21, C. Just., *De testamentis*.

(3) Furgole, t. I, ch. 2, sect. 2. Ricard, part. 1, n° 1484. Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 739, sect. 2, § 4, art. 1.

Il est vrai que quelques lois du Digeste déclarent valables des legs et fidéicommis contenus dans des lettres missives ou dans des écrits olographes (1). Mais on sait que les legs et fidéicommis ne constituaient pas un testament, et que cet acte important exigeait impérieusement l'institution d'héritier, laquelle ne pouvait jamais résulter d'une écriture privée. D'ailleurs, la loi 8, § 3, C., *De codicillis*, défendit de faire aucune disposition de dernière volonté, sans témoins (2), même des legs et des fidéicommis, bien qu'auparavant ils fussent tellement dégagés de formalités, qu'on pût les faire *etiàm nutu* (3).

1464. Les pays de droit écrit, asservis aux décisions du droit de Justinien, n'admirent pas les testaments olographes.

Il n'en fut pas de même dans les pays de coutume. Soit que l'usage, dont le Code Théodosien a conservé la trace, fût dominant dans cette partie des Gaules, soit que le Code Théodosien l'y ait introduit, il est certain que le testament olographe y fut de bonne heure populaire. Les coutumes le consacrent presque toutes et lui donnent même une couleur de solennité égale aux testaments reçus par des officiers publics (4). « La forme des testaments pour faire » preuve entière, dit Coquille, a été ordonnée diver- » sement par les coutumes, mais presque toutes con-

(1) L. 89, D., *De legat.*, 2°.

(2) L. 22, C., *De fidéicommis.* L. 21, D., *De legat.*, 3°.

(3) Furgole, t. I, p. 115, n° 11.

(4) Orléans, 289. *Ancienne coutume*, 227. Paris, 289. Nivernais, t. XXXIII, art. 13.

« courent, sur la forme qui a été prescrite par la cou-
« tume de Paris, art. 280, que le testament soit écrit
« tout du long, et signé de la main du testateur (1). »
L'ordonnance de 1629, rédigée sous Louis XIII, par le garde des sceaux de Marillac, essaya de l'étendre aux pays de droit écrit; mais, en ce point comme en beaucoup d'autres, elle échoua. Le testament olographe continua à y être repoussé. L'ordonnance de 1735 respecta ce préjugé et se contenta de maintenir le testament olographe dans les pays qui l'affectionnaient, à cause de sa commodité, de sa facilité et des garanties de certitude et de réflexion qu'il présente.

1465. De cette bigarrure de législation entre les différentes provinces de France, naissait une question fort controversée et très-diversement résolue par les auteurs et les tribunaux; savoir : si un individu appartenant par son domicile au pays de droit écrit, pouvait tester par la forme olographe, lorsqu'il se trouvait en pays coutumier.

Plusieurs pensaient que la faculté de tester en la forme olographe, se réglait par la loi du domicile et que, par exemple, un Toulousain, testant à Paris, ne pouvait faire, sur ses biens situés en pays de droit écrit, qu'un testament avec témoins, à moins que ce ne fût un partage entre enfants. Cette opinion est enseignée par Ricard, dont le jugement est si souvent en défaut (2), et on le jugeait ainsi au parlement de

(1) *Instit. au droit français*, tit. *Des testaments*.
(2) Dissert. posthume à la suite de son traité du *Don mutuel*. *Junge* Boullenois, t. II, p. 78.

Provence, comme le prouve un acte de notoriété du parquet de cette cour, rapporté par la Toulombre (1). Ce qui paraissait d'autant plus vraisemblable, que puisque le testament olographe est affranchi de la nécessité de contenir la date du lieu (ainsi qu'on le verra tout à l'heure), il est naturel d'en conclure que ce n'est pas le lieu où le testament est fait, qui peut influer sur le pouvoir de faire un testament olographe.

Mais l'opinion contraire trouvait de nombreux apologistes, qui tenaient que la forme du testament dépend du lieu où l'on teste (*locus regit actum*), et que rien n'empêchait un individu, domicilié en pays de droit écrit, de faire un testament olographe, s'il se trouvait momentanément à Paris. Beaucoup d'arrêts l'avaient ainsi décidé, et c'est pour cette opinion que s'est prononcée la cour de cassation par plusieurs arrêts (2).

1466. Notre article a étendu le testament olographe à toute la France, et il est généralement pratiqué dans les pays anciennement régis par le droit écrit, qui en ont senti les avantages. Cet exemple prouve qu'il est beaucoup plus facile qu'on ne le croit, de vaincre certains préjugés. Il suffit de le vouloir et de l'oser.

1467. La première condition requise pour la validité d'un testament olographe, c'est qu'il soit entièrement écrit de la main du testateur. Il suit, de là, que

(1) P. 190.

(2) *Infrà*, n° 1736. Voy. Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 4, art. 1, p. 742 et suiv.

si l'écriture du testateur se trouvait mélangée avec une écriture étrangère, le testament serait nul pour le tout. Car, alors, il ne serait ni solennel, ni olographe. Il ne serait point solennel, puisqu'il n'y aurait ni concours du notaire, ni concours des témoins; il ne serait point olographe, puisqu'une main étrangère y aurait travaillé, qu'il ne serait point écrit en entier de la main du testateur, et qu'il porterait la trace d'une coopération étrangère qui est contraire à son essence et lui enlève sa spontanéité. Il ne serait donc valable sous aucun aspect.

Il a même été jugé, par un arrêt du parlement de Paris, du mois de mars 1640 (1), que la nullité totale devrait être prononcée, quand même l'écriture étrangère ne comprendrait qu'un renvoi marginal. Il faut dire la même chose pour le cas où des surcharges seraient écrites d'une main étrangère. Il y a plus, et Pothier enseigne qu'un seul mot qui serait écrit d'une autre main dans le corps de l'acte, rendrait le testament nul, alors même que ce mot serait superflu (2). En effet, ce mot serait l'indice de la participation d'un tiers, participation toujours suspecte qui prive le testament olographe du caractère de liberté, d'indépendance, de recueillement individuel qui est son essence.

1468. Observez, néanmoins, que pour qu'un interligne écrit d'une autre main viciât le testament, il faudrait qu'il fût constant qu'il en fît partie, *puta*

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 747.
(2) *Donat. testam.*, ch. 1, § 2.

par l'approbation que le testateur aurait faite de l'interligne ; autrement il serait au pouvoir d'un tiers, en la possession duquel un testament tomberait, de détruire ce testament en y insérant quelques interlignes ; ce qui ne saurait être.

1469. Bien que la participation d'un tiers soit proscrite dans la confection d'un testament olographe, il ne faut cependant pas abuser de cette vérité ; elle ne s'applique qu'au cas où cette participation se manifeste dans l'acte même de la célébration par une usurpation du ministère qui appartient au testateur seul. Mais elle n'aurait rien de condamnable, si elle consistait dans des faits éloignés, indirects, qui ne sauraient faire douter par eux-mêmes de l'indépendance d'esprit et de la plénitude de volonté du testateur.

Ainsi, il arrive tous les jours qu'un homme du monde, craignant de se tromper sur l'expression légale de ses dernières intentions, se fait donner un modèle de testament et le copie. Ceci est aussi légitime qu'usuel. Le tiers n'a fait que donner un conseil et rappeler une règle ; le testateur n'en a pas moins été le seul ministre du testament en s'y conformant.

1470. Voici quelque chose de plus.

Un aveugle peut employer un secours officieux pour régler son écriture ; cette assistance étrangère est permise pour qu'il puisse conserver la mesure et le niveau des lignes, poser sa main, la faire avancer et descendre, marquer les points, et renouveler l'encre ; ce sont là des secours matériels, qui n'ôtent

pas à la volonté du testateur sa puissance indépendante. La tierce personne, qui prête son secours, n'est qu'un agent secondaire, mécanique et obéissant. Au contraire, le testateur est le véritable ministre de l'acte; c'est lui qui y met son effort, son action réfléchie, sa participation personnelle et volontaire! On ne pourrait décider le contraire que s'il eût été entièrement passif, que si sa main eût été entièrement conduite par une direction étrangère, et si, par l'ensemble des faits, il était prouvé qu'il eût reçu une direction comme un instrument obéissant (1).

1471. Puisque le testament olographe a été établi par condescendance pour les testateurs, afin de leur laisser l'usage de la forme la plus aisée et la plus libre, on n'exige pas certaines sévérités qui sont requises dans la rédaction des actes publics. Il suffit que le testament soit revêtu des trois conditions posées par notre article, pour qu'on se montre facile sur le reste, si, d'ailleurs, la volonté du disposant se montre sans ambages.

1472. Ainsi, par exemple, lors même que le testament serait écrit et signé au crayon, il ne serait pas moins valable. Un homme peut par sa profession, un pasteur, par exemple, être éloigné des habitations; il peut n'avoir pas d'encre. Pourquoi lui serait-il défendu de tracer ses dernières volontés avec le crayon dont il est porteur? Il suffit que l'on rencontre, dans son

(1) Nancy, 19 février 1846. (Cassat., rej. du pourvoi, req., 28 juin 1847. (Devill., 48, 1, 216).

écrit, une expression formelle, une marque certaine de l'adhésion personnelle : *in tabulis, aut chartis membraneis, vel in aliâ materiâ.* Un écrit au crayon n'est pas moins un écrit; s'il est plus fragile qu'un écrit à l'encre, s'il n'est pas indélébile, il n'en est pas moins pourvu d'un caractère suffisant de durée pour constater au moment du décès quelle a été la pensée du défunt (1), et l'on aurait tort de le comparer aux caractères fugitifs tracés sur la poussière. N'oublions pas que le testament olographe est le plus libre, le plus simple, le plus spontané de tous les actes.

1473. Rien n'empêche que le testament olographe soit écrit sur plusieurs feuilles, et il n'est pas nécessaire que chacune soit signée ou paraphée. Il peut même être écrit sur deux feuilles volantes, pourvu que leur liaison puisse être établie par des indications tirées *ex ipsomet testamento, non aliundè.*

L'espèce suivante s'est présentée à la cour de cassation : j'en ai connu à la chambre des requêtes, et elle m'a paru digne d'intérêt.

M. Leyraud, alors député de la Creuse, demandait l'exécution d'un testament olographe fait à son profit par un sieur Meunier, qui l'instituait son légataire universel. Ce testament était écrit sur le *recto* de deux feuilles séparées. Toutes les dispositions étaient écrites sur le premier feuillet qui était daté. Sur le second feuillet, on lisait : « Telles sont mes volontés testamentaires, qui seront, j'espère, respectées.

(1) Aix, 27 janvier 1846 (Devill., 48, 2, 30). MM. Coin-Delisle, art. 970, n° 23. Marcadé, n° 2, sur l'art. 970.

« J'annule tout testament que je peux avoir fait sous » date antérieure à celle-ci. Néris, ce 29 juillet 1838. » Signé : Meunier. » C'est le sieur Leyraud qui avait réuni ces deux feuilles l'une à l'autre avec deux pains à cacheter. Elles portaient les traces d'un violent froissement.

Ce testament fut fortement critiqué. On se prévalut de sa forme singulière pour soutenir que ce n'était qu'un projet ; on disait que la première feuille ne se liait à la seconde par aucun lien nécessaire, matériel, grammatical, ou intellectuel ; que l'institution portée sur la première, n'étant pas signée, était sans valeur, qu'elle ne pouvait se soutenir qu'en y rattachant la seconde feuille, laquelle pouvait aussi bien appartenir à tout autre corps d'écriture ; que rien n'empêchait de supposer qu'une troisième feuille, placée entre la première et la deuxième, ne contînt d'autres conditions modificatives. Le froissement du papier venait à l'appui de ce système.

Mais les circonstances de fait firent écarter, par la cour de Limoges, ces critiques assez plausibles en apparence.

Tout prouvait, en effet, que l'acte avait été écrit au même moment, avec la même plume, la même encre, la même pose de main, les mêmes caractères ; qu'il y avait, par conséquent, un ensemble complet. La première feuille portait en outre, comme la seconde, la date de Néris ; ce qui fortifiait le lien des deux corps d'écriture. Enfin, le testateur avait remis lui-même l'acte à M. Leyraud, pour lequel il avait de la reconnaissance et de l'affection. Et le caractère de M. Ley-

raud ne permettait pas de supposer l'existence d'une feuille intermédiaire, qui n'aurait été supprimée que par fraude.

Ces motifs firent rejeter le pourvoi par arrêt de la chambre civile, du 21 juin 1842 (1).

1474. Quand le testament olographe renferme des interlignes écrits de la main du testateur, il n'est pas indispensable de les approuver. Le seul fait qu'ils sont écrits par le testateur, les sauve de toute critique, puisque le testament est son ouvrage, qu'il en est le seul ministre, et qu'il importe peu que ces interlignes aient été mis après coup.

Il en est de même des ratures : rien n'oblige de les approuver. Ce qui est raturé est retranché, parce que la dernière volonté y manque ; tout le reste subsiste.

On voit, par là, que les dispositions de la loi de l'an XI, sur le notariat, ne sont point applicables aux testaments olographes.

Ceci posé, il est clair que si la rature couvrait le nom du légataire ou de la chose légguée, la disposition serait viciée, parce qu'il y aurait preuve que le testateur n'a pas voulu la laisser subsister. « *Nihil interest inducatur quod scriptum est, an adimatur* (2). »

1475. Un testament olographe n'a pas besoin d'être écrit sur papier timbré : la cour de Nîmes a même jugé qu'un testament olographe, écrit sur un livre de compte, était valable (3).

(1) Devill., 42, 1, 577, 578.

(2) L. 16, D., *De adim. legat. Pand.* de Pothier, t. II, p. 431, n° 10.

(3) 20 janvier 1810 (Dalloz, t. V, p. 633, 634.)

1476. D'après l'article 3 de l'ordonnance de 1735, un testament olographe, fait en forme de lettre missive, aurait été nul. Cet article portait en effet: « Voulons que les dispositions qui seraient faites par » lettres missives, soient regardées comme nulles et » de nul effet. » Le législateur avait probablement pensé qu'une lettre missive ne porte pas avec elle un caractère assez déterminé, pour faire supposer que c'est sa résolution définitive que le testateur a voulu coucher par écrit (1).

1477. En est-il de même sous le Code Napoléon?

Cette question a été controversée autrefois, plus qu'elle ne l'est aujourd'hui. M. Toullier pense que la disposition de l'art. 3 de l'ordonnance de 1735, n'ayant pas été répétée dans le Code, se trouve implicitement abrogée, et qu'on peut tester par lettres missives (2).

M Merlin, après avoir enseigné que le testament fait en forme de lettres missives est nul, est revenu de cette opinion et a soutenu avec force la validité de cette manière de disposer (3).

D'un autre côté, M. Bigot de Préameneu, dans l'exposé des motifs (4), dit formellement que, dans l'esprit du Code, « les dispositions faites verbale- » ment, par signes ou par lettres missives, ne sont pas » admises. »

(1) Pothier *sur Orléans*, Introduct., t. XVI, n° 9. Furgole, 2, 7, 20.

(2) Toullier, t. V, n° 378.

(3) Répert., t. XVII, v° *Testament*, p. 660, col. 1, art, 5.

(4) Fenet, t. XII, p. 553.

Quant à nous, nous ne voyons pas ce qui pourrait empêcher de regarder comme testament olographe, une lettre missive qui contiendrait explicitement une institution d'héritier et qui du reste serait écrite, signée et datée de la main du testateur. Une déclaration si formelle serait autre chose qu'un témoignage vague d'affection (1); ce serait l'exposition d'une volonté bien ferme et bien déterminée.

Nous sommes peu touché de l'opinion manifestée par M. Bigot; car trop souvent l'on trouve des erreurs et des contradictions dans les discours des orateurs du gouvernement. Consultons le bon sens et la vérité; leur réponse n'est pas douteuse.

Je sais bien que le dernier état de la jurisprudence romaine avait rejeté les dispositions par lettres (2), si ce n'est les partages du père entre ses enfants (3). Il est cependant certain que, par le droit des Pandectes, on pouvait faire des legs et fidéicommis par lettres (4). Si, par la suite, cette jurisprudence changea, c'est qu'on exigea plus de solennité pour ces sortes de libéralités, et que nulle écriture privée ne fût valable sans témoins (5). Quoi qu'il en soit, on voit que, dans les points spéciaux où le droit romain admet les écritures privées, comme les partages

(1) L. 17, D., *De jure codicill.* (Paul) : « *Litteræ, quibus hæreditas promittitur, vel animi affectus exprimitur, vim codicillorum non obtinent.* »

(2) *Suprà*, n° 1463.

(3) Novelle 107.

(4) *Suprà*, n° 1463.

(5) *Ibid.*

entre enfants, il n'hésite pas à admettre les lettres, ainsi que Justinien le répète souvent dans la novelle 107. Pourquoi en serait-il autrement sous le Code Napoléon qui ne les proscrit pas? Il suffit qu'elles soient précises, formelles et dispositives. C'est, au surplus, ce qui aujourd'hui est généralement reçu dans la pratique, et cette question ne s'agite plus que dans les livres (1). Il n'y a de controverse au Palais, que sur le caractère dispositif ou non des lettres produites comme testament (2).

1478. Ceci nous conduit à dire, d'une manière plus générale, que tout écrit quelconque, lettre ou autre, qu'on présenterait comme contenant les dernières dispositions d'un individu, ne pourrait être considéré comme testament olographe, que s'il se référait à une époque postérieure à sa mort, que s'il avait été fait en vue de la mort, en un mot, dans l'intention de tester.

Sans cette intention manifestée l'acte devrait être considéré comme contenant une donation entre-vifs. Écoutons Voët : « *Necesse videtur ut aliqua in do-* » *nando mortalitatis mentio fiat* (3). » Dans le doute, on présume que la donation est entre-vifs plutôt qu'à cause de mort, le mot donner étant propre à la donation, et ne s'employant qu'imparfaitement dans les donations à cause de mort. Menochius (4) en-

(1) Colmar, 5 avril 1824 (Dalloz, 25, 2, 63).

(2) Bruxelles, 16 août 1807 (Dalloz, t. V, p. 625). Cassat., req., 24 juin 1828 (Devill., 9, 1, 116).

(3) *Ad Pand.*, *De mortis causâ donat.*, lib. 39, tit. 6, n° 1.

(4) *Præsumpt.*, 3, 36.

seigne très-disertement cette doctrine : « *Cùm nulla* » *mortis mentio facta est in donatione, illa censetur* » *donatio inter vivos, sicut omnes scribunt : et quandò* » *verè sumus in dubio, præsumitur potiùs donatio inter* » *vivos quàm causâ mortis. Extenditur hæc sententia ut* » *habeat locum, etiàm quando ab in firmo et ægrotante* » *facta est ; nàm si nulla facta est mortis mentio, præsu-* » *mitur inter vivos.* » Tel est aussi l'avis de Furgole (1). Il faut le suivre, en se gardant pourtant de l'exagérer.

Il suit de là que l'acte dont nous parlons n'étant pas un testament, puisqu'il n'aurait pas trait à la mort, ne pourrait pas non plus valoir comme disposition entre vifs, puis qu'il ne serait pas revêtu des solennités voulues par la loi. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin, le 6 thermidor an XIII (2).

Un autre arrêt du 5 février 1823 a corroboré cette jurisprudence, en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la cour de Caen du 11 juillet 1820, qui avait décidé qu'un papier écrit, daté et signé de la main du sieur Hébert, et contenant ces mots : « Je donne » à Marie-Catherine Lefrançois tout ce que je pos- » sède, » n'était pas un testament : car rien n'indiquait que cet acte eût trait à la mort, quoique le testateur fût mort quatre jours après l'avoir écrit. Tout y est au présent. Le souscripteur donne actuellement, et non pour le temps où il n'existera plus (3).

(1) T. I, ch. 14, n° 8.

(2) Répert., v° *Testament*, p. 748.

(3) Dalloz, 23, 1, 64. M. Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 734.

Mais si l'écrit contient quelques mots qui ont trait à la mort, on fait prévaloir d'autres idées. Ainsi, un écrit dont l'auteur déclare donner ses meubles à sa domestique « *si elle est encore à son service au temps de son décès,* » est un testament (1).

1479. La seconde condition requise pour que le testament olographe soit valable, c'est qu'il soit daté (2). La date est une circonstance importante à connaître. On voit cependant par un fragment du jurisconsulte Modestin que chez les Romains, la date n'était pas indispensable : « *Cùm in testamento dies et » consul adjecti non sunt, nihil nocet quominùs valeat » testamentum* (3). » Cependant différents textes prouvent que l'usage était de dater les actes testamentaires (4), et la novelle 117 exige expressément la date dans les testaments des pères entre leurs enfants.

On pensait généralement autrefois, que la date n'était pas nécessaire dans les testaments olographes, et les coutumes n'exigeaient que l'écriture et la si-

(1) L. 75, D., *De legat.*, 2°. L. 77, § 26, D., *eod. titulo.* Nîmes, 25 avril 1811 (Dalloz, t. 5, p. 623). Aix, 25 août 1825 (Dalloz, 25, 2, 179. Devill., 8, 2, 134). Grenoble, juillet 18 1838 (Devill., 39, 2, 138) .

(2) Date vient du vieux mot *datum*, par lequel on terminait autrefois les actes : «*Datum die,* » donné tel jour et tel mois.

(3) Ce fragment dont parle Cujas sur la loi 20, D., *Qui testam. facere poss.*, lui avait été communiqué par son savant ami Pierre Pithou.

(4) Ulpien, l. 2, § 6, D., *Quemad. test. aperiantur.* L. 3, C., *Quemad. test. aperiantur.* Cicéron, 13, *Ad fam.*, 29.

gnature du testateur (1). Mais, quoi qu'en dise M. Toullier, c'était une imprévoyance de leur part: la date, en effet, est très-utile pour apprécier les circonstances du testament, la capacité du testateur au moment de la confection, son intégrité d'esprit. Dumoulin parle d'un testament olographe dont la date lui servit à découvrir les vices (2), et Ricard assure que le même fait s'est présenté à lui dans sa pratique (3); aussi l'article 38 de l'ordonnance de 1735 exigea-t-il que le testament olographe contînt à l'avenir la date des jour, mois et an (4).

1480. Cette ordonnance, comme on le voit, ne parle pas du lieu, et la jurisprudence était qu'on ne pouvait attaquer un testament olographe sous prétexte de l'omission, dans la date, du lieu où il avait été rédigé.

Doit-il en être de même sous le Code Napoléon? Oui, sans aucun doute; car si autrefois on ne tenait pas à l'énonciation du lieu, bien que le testament olographe fût défendu dans certaines provinces, combien, à plus forte raison, ne doit-il pas en être de même sous le Code Napoléon, qui autorise le testament olographe dans toute la France, et rend, par cela même, inutile de savoir s'il a été passé dans tel lieu ou dans tel autre. Il y a plus, c'est que quand même le testament olographe eût été fait dans un pays étranger où cette forme est défendue, il n'en

(1) *Coutume de Paris*, 289. *Coutume d'Orléans*, 289.
(2) *Coutume de Paris*, § 96, n° 5.
(3) 1re part., nos 1536 et suiv.
(4) *Infrà*, n° 1725.

serait pas moins valable en France (art. 999, Code Napoléon); l'indication du lieu paraît donc peu essentielle.

A la vérité le mot dater embrasse ordinairement l'énonciation du lieu : mais l'ordonnance de 1735 avait fait exception à cette règle pour les testaments, et le Code Napoléon montre, par son silence, qu'il n'a pas voulu innover à cet égard. On peut même dire que, dans le langage des lois, le mot dater ne se réfère qu'au temps (art. 42, 62, 1328, 1332, 1750, 2148, Code Napoléon, 18, 84, 110, 441, Code de commerce) (1).

1481. La date peut être écrite en chiffres, bien qu'il soit mieux de l'écrire en lettres (2).

1482. La date faisant partie du testament et tenant à sa solennité, doit être écrite de la main du testateur de même que le corps de l'acte.

Si la date était incertaine, nul doute que le testament ne fût nul; car *idem est non esse, et non apparere* (3).

On ne considère pas comme date incertaine, celle-ci : « Fait le vendredi saint 1850, » ou « fait le premier jour de l'an, » ou bien, « fait la veille de » Noël. » Ces dates sont évidemment certaines. La pluralité des dates n'est pas non plus une cause d'in-

(1) Cassat., 6 janvier 1814. Nîmes, 20 janvier 1810 (Dalloz, t. V, p. 633 et suiv.). Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 600.

(2) Pothier *sur Orléans*, t. XVI, n° 8. Merlin, v° *Testament*, p. 595. Nîmes, 20 janvier 1810 (Dalloz, t. V, p. 633).

(3) Merlin, Repert., v° *Testament*, t. XVII, p. 666.

certitude. Le testament peut avoir été rédigé en plusieurs jours.

Mais une surcharge de la date qui empêcherait de voir le chiffre vrai, ferait planer sur ce point une incertitude qui entraînerait la nullité.

1483. L'erreur de la date est comparable à l'incertitude. Mais, quand on prétend que la date est erronée, on ne peut le prouver que par le testament lui-même (1).

1484. L'erreur de la date peut se suppléer par des inductions, ou de toute autre manière, pourvu que ce soit du testament même que sorte la rectification (2). C'est ainsi qu'un arrêt du Parlement de Paris a déclaré valable un testament daté du mardi 9 mai 1756, quoique le mardi fût le 8. De même un autre arrêt a confirmé un testament portant la date du 21 juillet *mil sept soixante-quatre*. On considéra comme ne tirant point à conséquence l'omission du mot *cent*, que l'on suppléa par les circonstances données par le testament.

1485. A ce propos, nous rappellerons ce que raconte Dumoulin (3), à savoir : qu'après la mort de M. Gilbert, conseiller au parlement de Paris, arrivée le 9 *août* 1546, on trouva dans sa bibliothèque un testament daté du mois d'*octobre* de la même année.

(1) Douai, 25 avril 1845 (Devill., 45, 2, 463). *Suprà*, n° 1462.

(2) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 6, n° 3. Toullier, t. V, n° 361. Grenier, n° 228 *bis*. Duranton, t. IX, n° 39.

(3) *Sur Paris*, § 96.

« Je fus consulté sur ce testament, dit ce grand juris-
» consulte, et j'estimai qu'il était nul parce que la
» date étant postérieure au décès, on devait présumer
» que l'intention du testateur avait été de ne pas
» disposer avant le temps qu'elle désignait, « *non in-*
» *tendebat antè testari!* »

1486. Ceci prouve combien l'on doit être circonspect en pareille matière, et ce que l'on est enclin à prendre quelquefois pour une erreur, peut n'être que le résultat d'une volonté réfléchie. Il n'y a d'erreur proprement dite que lorsque l'énonciation est le fait évident de l'inadvertance, de l'oubli, du hasard, et c'est alors seulement que la rectification peut avoir lieu.

1487. Si la date incertaine, ou erronée, vicie le testament, à plus forte raison le testament est-il nul si la date est fausse. La fausseté de la date équivaut à l'absence de date; elle a même de plus graves inconvénients (1).

Le papier timbré sur lequel le testament olographe est écrit, peut servir à prouver la fausseté de la date. Si, par exemple, il est prouvé que ce papier n'avait pas encore été mis en circulation à l'époque à laquelle le testament a été écrit, il résulterait de là une preuve de fausseté (2).

1488. L'inscription de faux n'est pas nécessaire,

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 668, n° 10. Bruxelles, 4 décembre 1824 (Devill., 7, 2, 453).

(2) Cassat., 4 janvier 1847 (Devill., 47, 1, 357). Bruxelles, 4 décembre 1824 (Devill., 7, 2, 453).

pour prouver une erreur ou une fausse date (1). Il n'y a pas faux, dès l'instant qu'il est établi et non contesté que le testament a été écrit en entier, daté et signé par le testateur.

1489. Nous avons dit tout à l'heure, en passant, que les omissions, erreurs, inadvertances, peuvent être suppléées ou rectifiées par des preuves tirées du testament même. Ceci est fondamental en cette matière. Toutes les présomptions qui viennent *aliundè* n'ont aucune force; on n'admet que celles que le testament fournit dans son contexte. « *Ex propriis verbis testamenti,* » dit Menochius, « *ex verbis scriptis in testamento non extrinsecùs* (2). » Il n'y a pas de doctrine plus certaine (3) et plus utile à garder (4).

C'est pourquoi, un certain Decanes ayant laissé un testament daté de 1841, dans lequel il n'y avait ni l'indication du jour, ni celle du mois, ce testament a été déclaré nul parce qu'on ne pouvait y suppléer par le testament même (5).

Au contraire, toutes les fois que le testament a offert des moyens de réparer l'erreur ou l'omission,

(1) Cassat., 1er mars 1832 (Devill., 32, 1, 265). Bruxelles, 4 décembre 1824 (Devill., 7, 2, 455).

(2) *Præsumpt.*, IV, 19, 7.

(3) Mantica, *De conject. ultim. vol.*, 3, 19, 18. Furgole, 5, 4, 18. M. Ravez, *Consultation* (Devill., 43, 2, 469).

(4) Cassat., 26 décembre 1832. Cassat., 9 mai 1833 (Devill., 33, 1, 11, 527). Cassat., 5 janvier 1839 (Devill., 39, 1, 433). Rouen, 14 avril 1847 (Devill., 48, 2, 447).

(5) Cassat., 3 mars 1846 (Devill., 46, 1, 565).

les juges n'ont pas hésité à s'attacher à ces preuves intrinsèques (1). La jurisprudence offre trop d'exemples de ce point de droit, pour que je veuille les passer en revue : je me contenterai d'en rapporter un seul.

Rousca, peintre en bâtiments, après avoir quitté son commerce, se retira à Marolles avec sa femme. Celle-ci mourut le 28 décembre 1849. Aussitôt, Rousca sort de la chambre mortuaire, passe dans une pièce voisine, y saisit un fusil, et monte à l'étage supérieur ; moins d'une heure après une détonation se fait entendre. Rousca venait de se donner la mort. Ce suicide fut sur le-champ constaté. L'autorité intervint ; on trouva sur la table une lettre adressée au maire de Marolles. C'était un testament olographe, testament non daté, par lequel Rousca disposait de sa fortune montant à 12,000 francs au profit de sa sœur et de sa nièce.

Comme le testament n'était pas daté, les frères de Rousca, héritiers naturels, en demandèrent la nullité. Mais l'acte contenait une énonciation qui en précisait le moment avec autant de certitude que s'il eût été daté : c'est que Rousca demandait à son exécuteur testamentaire de le faire enterrer avec sa femme.

Aussi la cour d'appel de Paris (première chambre) décida-t-elle, par arrêt du 5 avril 1851, que d'après

(1) Cassat., 19 février 1818 (Devill., 5, 1, 435). Cassat., 12 juin 1821 (Devill., 6, 1, 453). Cassat., 2 mars 1830 (Devill., 9, 1, 461). Cassat., 3 janvier 1838 (Devill., 38, 1, 282). Cassat., 6 février 1843 (Devill., 43, 1, 214).

les circonstances et les énonciations du testament, la date en était circonscrite dans l'heure qui s'était écoulée entre la mort de la femme Rousca et le suicide du testateur (1).

1490. Les dispositions additionnelles sont facilement présumées se référer à la date apposée au corps de l'acte (2). On doit supposer qu'elles ont été ajoutées aussitôt après les premières dispositions, et cette présomption devient d'autant plus forte, si les dispositions principales et additionnelles ont une liaison (3).

Si, parmi les dispositions additionnelles, les unes sont datées, et les autres ne le sont pas, il faut examiner si les dispositions non datées ne reçoivent pas une date virtuelle par leur relation avec les parties datées (4). En cette matière, l'interprétation est la loi souveraine, pourvu qu'elle puise sa base dans le testament même, et il ne faut pas se laisser dominer par les idées d'un formalisme exagéré (5).

1491. De là, il suit que la place de la date de l'acte est indifférente : elle peut être au commencement ou à la fin, ou ailleurs, dans le contexte du testament. Il suffit qu'elle précède la signature, ou que du moins, elle soit placée de manière à être certifiée par cette même signature. Comme exemple des mi-

(1) *Gazette des Tribunaux*, 6 avril 1851.
(2) Cassat., req., 2 février 1807 (Dalloz, t. V, p. 636).
(3) Metz, 10 juillet 1816 (Dalloz, t. V, p. 636 et 637).
(4) Cassat., 7 mars 1808 (Dalloz, t. V, p. 636).
(5) M. Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 757 et suiv.

sères de la jurisprudence, je pourrais dire qu'on a discuté beaucoup si une date placée dessous, ou à côté de la signature était valable (1). Il a été enfin reconnu qu'une date apposée au-dessous de la signature, c'est-à-dire, non à sa hauteur, mais à la hauteur du paraphe était bonne, lorsqu'il paraissait qu'elle avait été écrite de la même plume, de la même encre, de la même main et sans intervalle (2). L'équité approuve cette décision conforme à des usages qui se sont établis dans la forme épistolaire des gens du monde ; elle s'étonne des rigueurs excessives auxquelles des esprits trop méticuleux se sont laissés quelquefois aller par un sentiment de défaveur contre les testaments.

1492. Le testament olographe fait foi de sa date (3): il est en effet tout aussi solennel que le testament authentique, en ce sens qu'il porte avec lui la preuve de ce qu'il contient. C'est une véritable loi qui commande à l'avenir. Le testateur est placé, en quelque sorte, à la hauteur d'un officier public qui imprime la certitude à l'acte dont il est le ministre.

C'est pourquoi, si la date du testament olographe

(1) M. Merlin, Répert., v° *Signature*, et v° *Testament*, t. XVII. p. 757. Liége, 22 février 1812 (Devill., 4, 2, 43).

(2) Cassat., 9 mai 1825 (Dalloz, 25, 1, 314). Paris, 13 août 1818 (Devill., 3, 2, 553). Bordeaux, 12 janvier 1825 (Devill., 8, 1, 5). Cassat., req., rej., 11 mai 1831 (Devill., 31, 1, 189).

(3) Cassat., 29 avril 1824 (Dalloz, 24, 1, 191).

est antérieure à l'interdiction du testateur, on ne sera pas fondé à soutenir qu'il a été antidaté, à moins que des preuves certaines de cette antidate ne soient administrées. C'est pourquoi, encore, dans le concours d'un testament authentique et d'un testament olographe postérieur qui le révoque, on se tiendra à ce dernier testament comme faisant foi de son contenu.

A la vérité, l'écriture du testament olographe est sujette à vérification, ainsi que nous le dirons plus bas (1); mais une fois reconnue, elle fait preuve entière (2). La loi serait en contradiction avec elle-même si, en ordonnant d'une part que le testament olographe fût daté, elle voulait de l'autre qu'il ne fît foi de sa date que du jour où, comme les autres actes sous seing privé, il aurait acquis date certaine par la mort du testateur ou par l'enregistrement. Autant vaudrait-il dispenser le testament olographe de la formalité de la date!

Nous avons dit qu'avant l'ordonnance de 1735, on tenait communément que le testament olographe ne devait pas être daté; sous cette jurisprudence, il ne prenait date que du jour du décès du testateur.

Pourquoi l'ordonnance de 1735 fit-elle de la date une formalité des testaments olographes? C'est parce qu'on considéra qu'il était indispensable de savoir à

(1) N° 1498.

(2) Ricard, part. 1re, nos 1561 et 1569. Voy. cependant Furgole, t. III, p. 409.

quelle époque le testateur avait testé, pour juger de son âge, de sa capacité : on admit donc nécessairement dans ce système que l'indication de cette époque faite par le testateur devait mériter pleine foi. Comment peut-on dès lors, avec un peu de réflexion, assimiler, sous ce rapport, un testament olographe à un acte ordinaire sous seing privé, et le placer sous l'empire de la disposition de l'article 1328 du Code Napoléon? Voudrait-on, par exemple, que le testateur fît enregistrer son testament pour lui donner date certaine? Voudrait-on qu'il publiât le secret de ses volontés, lorsque précisément la loi n'a créé la forme olographe que pour donner aux citoyens les moyens de tenir leurs dernières volontés cachées? Aussi, les efforts qui ont été faits dans ces derniers temps pour soutenir que le testament olographe ne faisait pas foi de sa date, sont-ils venus se briser contre la sagesse des arrêts et la sagacité des magistrats (1).

1493. La troisième et dernière formalité requise dans le testament olographe, est qu'il soit signé de la main du testateur ; c'est la signature qui rend parfait le testament olographe, et sert à attester que tout ce que l'acte contient est l'ouvrage du disposant. C'est ce qui fait dire à Pothier (2) : « La signature doit être à la fin de l'acte, parce qu'elle en » est le complément et la perfection. C'est pourquoi

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 755, et t. XVII, *eod. verbo*, p. 792, et *etiam*, Quest. de droit, *eod. verbo*.

(2) *Donat. testam.*, p. 299, et *sur Orléans*, t. XVI, n° 8.

» si le testateur avait, après et au bas de sa signa-
» ture, écrit de sa main que'que disposition qu'il
» n'eût pas signée, cette disposition non signée se-
» rait nulle (1). »

Rien n'empêcherait que la signature fût détachée du corps de l'acte, de manière à en être séparée par un intervalle en blanc plus ou moins grand.

1494. L'énonciation des noms du testateur vers la fin de l'écrit qualifié testament olographe, peut être considérée comme une signature, lorsqu'elle est placée après toutes les dispositions constitutives du testament. Peu importe qu'après cette énonciation du nom, il y ait encore une suite d'écriture se liant aux dispositions testamentaires, si les mots qui suivent peuvent être jugés surabondants et inutiles (2).

Que, si l'acte était ainsi terminé : « Fait et signé » par moi, Michel-François Falla, de la commune » de Loucin, canton de Hollogne, ce 20 décembre » 1809, » le testament serait évidemment nul, car il n'y aurait pas de signature. Le testateur n'aurait pas plus fait que s'il avait dit : « je, soussigné Michel-François Falla, etc. » ; son nom ne se présenterait pas comme signature, mais comme complément d'une proposition au milieu de laquelle il se trouve; ce nom placé avant la date laisserait la date sans signature. Enfin, il aurait été apposé, non pour clore

(1) Combinez ceci avec notre numéro 1491, qui en est l'interprétation bénigne.

(2) Rennes, 20 avril 1812. Cassat., 20 avril 1813 (Devill., 4, 1, 332).

le testament, mais pour compléter une phrase dont le but unique aurait été d'annoncer l'intention de signer. C'est ce qu'a jugé la cour de Liége, par arrêt du 22 décembre 1812 (1).

1495. De quel nom le testateur doit-il signer? L'art. 244 de l'ordonnance de 1629 enjoignait de signer les actes et contrats du nom de famille, et non de celui des seigneuries, à peine de nullité; mais l'on sait que cette ordonnance ne fut pas suivie par les parlements. La loi du 23 juin 1790 ordonna qu'aucun citoyen ne pourrait prendre que le vrai nom de sa famille, et quoique cette loi ne répète pas la peine irritante de l'ordonnance du chancelier de Marillac, M. Toullier pense que le sort d'un testament pourrait être compromis si le testateur ne signait pas de son véritable nom, qui est le nom de famille, et s'il signait d'un nom de terre ou autre. Mais ce sont là des assertions frivoles, et cette question est plus claire que le jour. Le testament est valable pourvu qu'il soit signé du nom qui faisait connaître la personne de son vivant (2).

Il est vrai que M. Grenier hésite, un peu effrayé qu'il est par l'histoire devenue fameuse du procès en nullité intenté contre le testament de Massillon, évêque de Clermont, qui avait signé, suivant l'usage des évêques, *† J.-B. évêque de Clermont*. M. Grenier (3) nous apprend que les premiers juges se déclarèrent pour la

(1) Merlin, Répert., v° *Signature*, t. XVII, p. 586, col. 1.
(2) Cassat., 23 mars 1824 (Devill., 7, 1, 420).
(3) N° 244.

validité et que, sur l'appel, on transigea. Mais c'est qu'on le voulut bien. Les noms ont été mis en usage pour désigner les individus et constater leur identité : « *Nomina enim significandorum hominum gratiâ reperta sunt* (1). » Si donc le nom qu'un individu appose au bas d'un acte de dernière volonté, est celui sous lequel il a été connu dans la société, celui qui a toujours servi à le distinguer des autres individus, l'acte sera signé et le but de la loi rempli, encore que ce nom soit un nom de terre, un surnom, ou un nom de convention (2); car la seule chose à voir est si l'individu est identifié. Toute signature qui remplira cet objet sera valable, et une règle contraire serait arbitraire et inepte (3).

1496. La cour de Corse a même jugé, sur nos con-

(1) Instit., *De legat*, § 29. Julian., l. 8, § 2, D., *De bon. poss. secund. tab.* Gord., c. 4, C., *De testam.* Florent., l. 34, D., *De cond. et demonst.*

(2) Voy. un arrêt de la cour de cassation du 23 mars 1824, qui, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Pau, a déclaré valable le testament de Joseph-Jacques Loiseau, évêque de Bayonne, qui n'était signé que des initiales de ses deux prénoms, précédés d'une croix, et suivis de ces mots : *Évêque de Bayonne.* Cette espèce est la même que celle à laquelle a donné lieu le procès relatif au testament de Massillon. La cour de cassation s'est fondée sur ce que la signature mise au bas du testament litigieux est celle que l'évêque de Bayonne employait habituellement dans tous les actes qu'il souscrivait (Devill., 7, 1, 420). Merlin, Répert., v° *Signature*, t. XVII, p. 584, col. 1, n° 2.

(3) Paris, 7 avril 1848 (Devill., 48, 2, 217). Bourges, 19 août 1824 (Devill., 7, 2, 428).

elusions conformes, qu'un testament signé du nom de baptême d'un individu était valable, parce que cet individu n'était appelé par ses concitoyens que par ce nom de baptême (*Pasquale*), suivant l'usage des paysans corses qui ne se désignent que par leurs prénoms, et négligent totalement leur nom de famille. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute sur l'identité de l'individu que toutes les parties convenaient être un certain *Pasquale Perinetti*, qui était désigné par ces nom et prénom dans le corps de l'acte.

1497. Le défaut d'orthographe dans la signature de l'individu ne pourrait nuire en aucune manière à la validité du testament, pourvu que l'identité ne laissât pas de doute. M. Merlin (1) a rappelé deux arrêts, l'un du parlement de Flandre, l'autre du parlement de Paris, qui ont jugé valable des testaments où l'on voyait le nom *Constantin* écrit *Constintin*, et le nom *Delau* écrit *Delooz*.

Il en serait de même si la signature, quoique peu lisible, ou mal formée, comme il arrive quelquefois dans la maladie, laissait cependant au juge la possibilité de reconnaître que le testateur a voulu écrire son nom (2).

1498. Le testament olographe ainsi écrit, daté et signé de la main du testateur, est parfait, et n'est assujetti à aucune autre forme. Il vaut comme acte

(1) Répert., v° *Signature*, § 3, art. 4, p. 634 et suiv.
(2) Merlin, *loc. cit.*

public (1) et solennel (2). Il fait foi de sa date (3), ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (4). Il est tellement solennel que la reconnaissance d'un enfant naturel y est valablement faite (5). Toutefois, l'écriture n'en est pas moins écriture privée (art. 999); et comme d'après l'art. 1324 du Code Napoléon, tout écrit privé doit être vérifié, lorsque la partie à laquelle on l'oppose déclare le méconnaître, il s'ensuit que le testament olographe ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux et qu'il est sujet à vérification comme tous les actes sous seing privé, malgré ce que Furgole a pu dire à cet égard (6). Telle était l'opinion dans l'ancienne jurisprudence. « Le testament olographe est » sujet à vérification, dit Bourjon (7), » et c'est aussi ce qu'ont jugé des arrêts en très-grand nombre (8).

1499. Mais sur qui retombe la charge de faire cette vérification? Est-ce au légataire institué à y faire

(1) Orléans, 30 décembre 1847 (Devill., 48, 2, 286).

(2) *Coutume d'Orléans*, art. 289.

(3) Douai, 15 avril 1845 (S. Devill., 45, 2, 463). Nancy, 15 juillet 1843 (Devill., 43, 2, 469). Cassat., 11 juin 1810 (Dalloz, t. V, p. 631).

(4) N° 1492.

(5) Cassat., rej., 3 septembre 1806 (Devill., 2, 1, 285). Merlin, Répert., v° *Filiation*, n° 3, et Toullier, t VII, n° 953. Voy., cependant, Cassat., 7 mai 1833 (Devill., 33, 1, 353), et MM. Chabot sur l'art. 756 et Duranton, t. II, p. 213.

(6) Ch. 2, sect. 6.

(7) *Droit commun*, t. II, p. 205, tit. 9, part. 2, ch. 1, sect. 1, n° 3. Pothier *sur Orléans*, t. XVI, n° 10.

(8) Colmar, 12 juillet 1807 (Devill., 2, 2, 278). Bruxelles, 24 juin 1810 (Devill., 3, 2, 292). Cassat., 13 novembre 1846 (Devill., 5, 1, 246).

procéder? Est-ce, au contraire, à l'héritier du sang? On a beaucoup disserté là-dessus, et malgré d'imposants arrêts de la cour de cassation, la controverse n'est pas finie (1).

Distinguons quelques cas pour nous retrouver dans ce mélange d'opinions contraires. Et d'abord supposons que le testateur a lui-même déposé son testament chez un notaire, et reconnu, en le déposant, qu'il est entièrement écrit de sa main. En pareil cas l'écriture est reconnue (2); il n'y a même pas lieu à vérification (3).

Allons plus loin, et supposons que le testament olographe n'ait pas reçu, du vivant du testateur, ce cachet de certitude.

Il est tout d'abord évident que, lorsque le légataire se présente à un héritier à réserve, pour demander l'effet du testament, la seule méconnaissance de cet héritier suffit pour arrêter le légataire, paralyser son titre, et l'obliger à prendre l'initiative de la vérification. Le légataire est nécessairement obligé de demander la délivrance à l'héritier à réserve. Il est toujours demandeur à l'égard de ce dernier. Rien ne le place en dehors des principes du droit commun relatif à la vérification d'écriture et de la règle: *Incumbit onus probandi ei qui dicit.*

Jusqu'ici nulle difficulté possible.

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 778, sect. 2, § 4, art. 6, n° 5.

(2) Art. 1322 C. Nap.

(3) Pothier *sur Orléans*, t. XVI, n° 10. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 647.

1500. Maintenant, plaçons le légataire universel en présence d'un héritier du sang non réservataire.

On verra par l'art. 1008 du Code Napoléon que le légataire universel, en vertu d'un testament olographe ou mystique, est tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président (1). Cette ordonnance de mise en possession a été prescrite par la loi pour donner au testament olographe ou mystique l'exécution parée qui lui manque; elle a pour but d'unir à la saisine de droit (art. 1004) la saisine de fait, la possession effective que le légataire ne saurait prendre en vertu d'un acte qui, malgré sa solennité, n'est cependant qu'un acte sous seing privé (2); elle est un moyen de protéger le droit des parents intéressés et de rassurer la société.

C'est pourquoi les héritiers du sang peuvent intervenir pour s'opposer à l'envoi en possession, et, dans ce cas, leur déclaration qu'ils méconnaissent l'écriture du défunt, peut suffire, suivant l'apparence des circonstances, pour arrêter l'envoi en possession et mettre par conséquent le légataire universel dans la nécessité de faire vérifier l'écriture du testament (3). Il peut aussi en être de même (toujours suivant la vraisemblance et la gravité des circonstances), lorsque les héritiers naturels font opposition à l'ordonnance de mise en possession (4); leur

(1) *Infrà*, n° 1824.

(2) Art. 999 Cod. Nap.

(3) Cassat., 13 novembre 1816 (Dalloz, t. V, p. 661).

(4) *Infrà*, n° 1820. Arg. d'un arrêt de Paris du 11 août 1809 (Dalloz, t. V, p. 670).

opposition peut être portée devant le tribunal avec un caractère de vraisemblance si grave qu'elle remette en question la mise en possession, qu'elle la tienne en suspens, et que le légataire universel ne puisse en obtenir le maintien, qu'en prouvant que le testament est bien de la main du défunt (1). Mais il est non moins certain, d'après la jurisprudence, que le juge est chargé d'apprécier, suivant ses lumières et sa conscience, la force de la méconnaissance de l'écriture de la part de l'héritier naturel, et que si cette méconnaissance lui paraît vague, douteuse ou hasardée, il peut, sans attendre la vérification qui se fera plus tard, ou envoyer le légataire en possession par une ordonnance rendue conformément à l'art. 1008 du Code Napoléon, ou le maintenir dans le bénéfice de l'ordonnance déjà antérieurement rendue et frappée d'opposition. Alors, le légataire universel est nanti en vertu d'un titre duquel provision est due, et il garde la saisine de fait tant que les héritiers du sang n'ont pas établi leurs prétentions (2). C'est aussi ce qui arrive lorsque la mise en possession a été ordonnée sans procédure contradictoire, sur la seule requête du légataire universel et sans opposition. Cette ordonnance est un acte qui a donné au testament une exécution pure; quand, ensuite, l'héritier du sang vient agir en péti-

(1) Même arrêt.

(2) Arrêt de Rouen du 28 mars 1816, et arrêt du 2 février 1818 de la chambre civile de la cour de cassation, qui rejette le pourvoi (Dalloz, 5, 671).

tion d'hérédité et en délaissement, il rencontre dans ce précédent le principe d'une possession qui rejette sur lui tout le poids de la preuve.

De là, il suit que l'héritier du sang, réduit à demander le délaissement de la succession à un légataire qui possède légalement, ne l'obtiendra (à moins qu'il n'y ait eu une surprise probable) qu'en prouvant que l'écriture n'est pas de son auteur. Car ce n'est pas avec un doute exprimé, ou même avec une négation, qu'il fera tomber la saisine de droit et de fait dont son adversaire a le bénéfice. C'est ce que la cour de cassation a décidé par plusieurs arrêts (1). Et voici le résumé de sa jurisprudence : Le testament olographe est investi par la loi d'un caractère et d'une force d'exécution qui lui sont particuliers, puisqu'elle donne la saisine de plein droit au légataire universel institué dans cette forme, lorsqu'il n'y a pas d'héritier à réserve. A cette saisine se joint la possession de fait au profit du légataire universel qui a rempli les conditions exigées par les art. 1007 et 1008. Or, la saisine de droit et la saisine de fait étant réunies, c'est à ceux qui veulent les attaquer en renversant le titre, à en prouver le vice, suivant la maxime : « *Onus probandi incumbit ei qui dicit.* »

J'avoue que ce raisonnement me paraît tellement puissant, que je ne vois pas ce qu'on y peut répondre.

(1) 28 décembre 1824 (*J. Palais*, t. XVIII, p. 1268). 10 août 1825 (Devill., 8, 1, 173. Dalloz, 25, 1, 464). 16 juin 1830 (Devill., 9, 1, 542). 20 mars 1833 (Devill., 33, 1, 507. Dalloz, 33, 1, 151). 23 mai 1843 (*J. Palais*, 1843, t. II, p. 30).

1501. Beaucoup d'auteurs, cependant, ne s'y sont pas rendus ; ils ont enseigné comme règle invariable, que, malgré l'ordonnance de mise en possession, la seule méconnaissance de l'écriture faite par l'héritier du sang doit mettre à la charge du légataire la vérification de l'écriture (1), et un grand nombre d'arrêts de cours d'appel se sont rangés à cette opinion (2). Mais malgré les dissertations et les consultations que j'ai lues, malgré les plaidoiries que j'ai cent fois entendues, je n'ai jamais compris ce système. Ses partisans se fondent sur ce que le testament olographe est un acte sous seing privé, et ils se retranchent obstinément dans les articles 1323 et 1324 du Code Napoléon. Ils ne voient pas que, quoique acte sous seing privé, le testament olographe est régi par le droit spécial des articles 1006, 1007 et 1008 de ce même Code ; que l'envoi en possession, prononcé par le juge, est un fait d'une importance évidente, attaché au caractère incomparable de cet écrit, qui se différencie de tous les autres, et gît dans une classe à part.

Dans le système que nous repoussons, on est fort

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 4, art. 6, n° 5. M. Boncenne, t. III, p. 445. M. Dalloz, t. V, ch. 6, sect. 3, art. 5, n° 6. M. Zachariæ, t. V, p. 87, et ses annotateurs. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 605.

(2) Metz, 3 mai 1815 (Devill., 5, 2, 58). Bourges, 4 avril 1817 et 10 mars 1834 (Devill., 34, 2, 307). Montpellier, 19 juillet 1827 (Devill., 8, 2, 395). Lyon, 11 mars 1839 (Dalloz, 40, 2, 81). Aix, 12 juin 1840 (Dalloz, 41, 2, 15).

embarrassé de la possession donnée au légataire universel afin de légaliser sa position ; on sent bien que la dénégation de l'héritier du sang, qui n'est qu'une simple allégation, quelquefois un doute fort léger, ne saurait débusquer le possesseur de son retranchement. Alors, pour tourner la difficulté, on a imaginé de convertir la possession du légataire universel en une détention à titre de séquestre judiciaire (1). Mais quoi de plus arbitraire, quoi de plus opposé au respect que la possession a toujours mérité? Voilà une possession qui a été attribuée par le juge, lequel est intervenu en vertu de la loi, pour donner à l'acte l'exécution parée qui lui manque naturellement; et l'on viendra fouler aux pieds cette œuvre de l'autorité publique; on traitera cet écrit sur lequel elle a imprimé son *pareatis*, comme le premier chiffon de papier venu; on renversera, sur une simple dénégation, sur un simple doute, des positions ainsi acquises ! ! non ! la possession, et surtout la possession d'une hérédité ne doit pas rester en suspens ; on n'en change pas ainsi les effets ; on ne la soumet pas à de tels caprices.

Je veux bien accorder, cependant, que si la dénégation de l'héritier est appuyée de vraisemblances desquelles il résulte que l'ordonnance a été surprise, le tribunal saisi du fonds devra aviser, et prendre les mesures commandées par les circonstances. Mais ce sera un accident dont il ne faut pas faire une règle. Il y a plus de testaments vrais que de testaments

(1) Aix, *loc. cit.*

faux ; il y a plus de méconnaissances d'écriture dictées par la chicane que par la conviction qu'un faux a été commis. Préférons la jurisprudence qui vient au secours de la bonne foi, à celle qui se range du côté des piéges de procédure, et des calculs de la mauvaise humeur (1).

1502. Nous examinerons, quand nous parlerons du testament mystique, si un testament, nul comme mystique, peut valoir comme olographe (2).

1503. Terminons en faisant remarquer qu'il n'est pas nécessaire que le testament olographe soit écrit en français. Qu'il soit écrit en italien, en languedocien, etc., il vaut puisqu'il est l'expression de la volonté du testateur (3).

Article 971.

Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins.

(1) En ce sens, MM. Toullier, t. V, n° 503 ; Grenier, n° 292, 4° ; Duranton, t. IX, n° 46 ; Coin-Delisle sur l'article 1008, n° 17 ; et plusieurs arrêts de cour d'appel conformes à la jurisprudence de la cour de cassation : Bordeaux, 12 avril 1848 (Devill., 48, 2, 390). Caen, 4 avril 1812 (Devill., 1812, 2, 336), etc., etc.

(2) *Infrà*, n° 1654.

(3) La loi 21, § 4, C., *De test.*, décidait qu'on pouvait tester en grec.

SOMMAIRE.

1504. Du testament par acte public en droit romain et dans les pays coutumiers.
1505. Le Code Napoléon ne reconnaît plus que les notaires pour recevoir ce testament. — Nombre des témoins ou des notaires.
1506. Portée du mot *testament* sous le rapport de la solennité.
1507. Le testament par acte public doit-il, chez nous comme en droit romain, être fait *uno contextu*?
1508. Le testament par acte public peut-il être expédié en brevet?
1509. Le notaire peut-il se dessaisir de la minute sur la demande du testateur? — Renvoi.
1510. Décision du ministre des finances, quant à la délivrance des expéditions des testaments par acte public.
1511. Le juge ne pourrait, contre le vœu du testateur, ordonner la délivrance de l'expédition du testament, du vivant du testateur, sur la demande d'une partie se disant intéressée.

COMMENTAIRE.

1504. Le testament par acte public s'appelle quelquefois testament nuncupatif, parce qu'il remplace le testament nuncupatif écrit, en usage dans les pays régis par le droit romain, et consacré par l'art. 4 de l'ordonnance de 1735. Il se faisait avec l'assistance de sept témoins, y compris le notaire chargé de recueillir la disposition par écrit. Le testateur devait le dicter intelligiblement (ce qui était la nuncupa-

tion), et, après lecture donnée, l'acte devait être signé par le testateur, les témoins et le notaire (1).

Quant aux codicilles qui, comme on sait, comportaient moins de solennité, l'ordonnance voulait qu'ils fussent faits en présence de cinq témoins y compris le notaire (2).

Dans les pays coutumiers on avait aussi l'usage du testament par acte public. Il était reçu par deux notaires ou tabellions, ou par un notaire, ou un tabellion, en présence de deux témoins. Le testateur dictait sa volonté; on lui en donnait lecture, et il signait avec les notaires, ou avec le notaire et les témoins (3). Ce règlement était commun aux codicilles qui, en pays de coutume, ne différaient en rien des testaments.

Dans plusieurs coutumes que l'ordonnance de 1731 n'avait pas abrégées, on admettait les curés et les officiers de justice à recevoir des testaments comme les notaires (4).

On voit que le testament public, dont nous parlons, n'était autre que le testament nuncupatif écrit des pays régis par le droit romain, avec un peu moins de solennité.

1505. Le Code Napoléon a pris un terme moyen entre l'usage suivi en pays de droit écrit, et l'usage

(1) Art. 5 de l'ord. de 1735.

(2) Art. 14 de la même ord.

(3) Art. 23 *ejusdem*.

(4) Coquille, *Instit. au droit français*, ch. *Des testaments*. C. Nivernais, ch. 33, art. 13. C. Orléans, art. 289. C. Paris, art. 289.

adopté par les pays de coutume. C'est la cour de Bordeaux qui le proposa (1).

Il veut que le testament nuncupatif écrit ou (comme il dit) par acte public, soit reçu par deux notaires assistés de deux témoins, ou par un notaire assisté de quatre témoins.

Mais il ne reconnaît plus que les notaires comme personnes capables de rédiger et de recevoir les dernières volontés des particuliers. Toute coutume contraire est entièrement abrogée.

1506. Le mot testament a, sous le rapport de la solennité, une portée qu'il ne faut pas perdre de vue. Il embrasse toutes les parties de l'acte d'où résulte la preuve d'une dernière volonté. Ce n'est pas seulement le témoignage porté par le testateur de sa volonté, c'est encore le cortége des formalités nécessaires pour donner à cette volonté son caractère authentique (2). D'où il suit, que l'acte n'est complet et valable qu'autant qu'il se développe régulièrement dans tout ce qui est exigé du testateur et ce qui est prescrit au notaire (3). C'est en cela que consiste la réception.

1507. Le Code Napoléon ne dit pas si, comme dans le droit romain, le testament nuncupatif doit être reçu *uno contextu*. Il ne s'explique, à cet égard, que relativement au testament mystique. Du silence de la loi, on doit conclure que cette formalité n'est pas exigée à peine de nullité. Mais la prudence la

(1) Fenet, t. III, p. 198.
(2) Caen, 15 février 1842 (Devill., 42, 2, 199).
(3) Arrêt précité.

conseille aux notaires. Dans l'intervalle des séances, les révélations des témoins pourraient donner l'éveil aux personnes intéressées et provoquer des captations et suggestions (1).

1508. Nous avons dit ci-dessus (2) qu'il doit être gardé minute de l'acte de donation. C'est la disposition de l'art. 931. On ne trouve pas de texte pareil pour ce qui concerne les testaments par acte public; mais la loi du 25 ventôse supplée à ce silence (3). Elle dit que les notaires seront tenus de garder minute de tous les actes qu'ils recevront. On a cependant prétendu que le testament par acte public peut être passé en brevet par la raison que cet art. 20 autorise cette forme sommaire pour « les actes simples » qui peuvent être passés en brevet. » Les actes simples, dit-on (4), sont ainsi définis par l'ordonnance du 7 décembre 1723 : « Ceux qui n'ont rapport à » aucun titre ou acte, et ne contiennent aucune obli- » gation respective. » Or, c'est là, ajoute-t-on, une définition qui s'applique complétement aux testaments. Les testaments, en effet, sont des actes simples, puisqu'ils n'ont pour objet ni de reconnaître, ni de rectifier, ni de modifier des titres antérieurs, et qu'ils forment, à eux seuls, des titres primordiaux, et que, d'un autre côté, ils ne contiennent aucune

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 5. *Infrà*, n° 1651.

(2) N° 1040.

(3) Art. 20.

(4) Merlin, Répert., v° *Notaire*, t. XVII, p. 222 et suiv., sect. 5, n° 6.

obligation synallagmatique, ou même unilatérale, puisque les testateurs ne s'obligent à rien.

A quoi on peut ajouter que, dans l'ancienne jurisprudence, bien que l'usage général fût que les notaires retinssent minute des testaments pour acte public, néanmoins il arrivait quelquefois, que sur la demande du testateur, le notaire passât l'acte en brevet pour le lui remettre (1). Mais la loi du 25 ventôse a posé des règles précises, qui ne laissent pas place à cette pratique relâchée. Il nous suffit de rappeler la définition que le rapporteur de la loi de ventôse an XI donnait de ces mots actes simples (2) : « Ce » sont, disait-il, ceux dont le contenu, la nature et » les effets ne présentent qu'un objet ou intérêt en » lui-même simple et passager. » Un tel langage peut-il s'appliquer à cet acte si grave, si solennel, qu'on appelle le testament public, à cet acte qui renferme le *supremum defuncti judicium*, et où le notaire est le ministre de ce qu'il y a de plus élevé dans la volonté de l'homme, et de plus semblable au pouvoir du législateur (3)?

Du reste, un avis du comité de législation du conseil d'Etat du 7 avril 1821 (4) a tranché la question dans ce sens, et il suffira d'indiquer les considérants qui l'ont déterminé :

« Considérant qu'aux termes de l'art. 20 de la

(1) Ferrière, *Science parfaite du notaire*, I, 22.

(2) Merlin, Répert., v° *Notaire*, t. VIII, p. 626, § 5, a cité ce passage.

(3) *Junge* M. Coin-Delisle, n° 41 et suiv., sur l'art. 971.

(4) Sirey, 23, 2, 82.

» loi du 25 ventôse an XI, les notaires sont tenus de
» garder minute de tous les actes qu'ils passent ;

» Que, suivant le même article, il n'y a d'excep-
» tion à cette règle que pour les actes simples qui
» peuvent être expédiés en brevet ;

» Que les actes simples sont, ainsi que le mot
» l'indique, ainsi que la déclaration de 1723 l'en-
» tendait, ainsi que le rapporteur de la loi de ven-
» tôse l'a expliqué, ceux dont le contenu, la nature
» et les effets ne présentent qu'un objet, ou un intè-
» rêt simple en lui-même et passager ;

» Que l'on ne peut dès lors comprendre sous la
» dénomination d'actes simples, les testaments qui,
» quant à leur contenu, à leur nature et à leurs effets
» sont sans contredit les actes les plus sérieux et les
» plus solennels ;

» D'où la conséquence que les actes simples ne
» peuvent être expédiés en brevet, et doivent être
» nécessairement passés en minute. »

1509. Le testament serait donc nul si le notaire le passait en brevet (1).

Mais il n'en serait pas de même si, après en avoir gardé minute, il venait à s'en dessaisir et à remettre cette minute entre les mains du testateur (2) ; la validité d'un acte ne peut dépendre d'un fait d'incurie.

(1) *Junge* Grenier, nos 277 et 277 *bis*. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, note, mêmes nos. MM. Rolland de Villargues, Répert., vo *Minute*, no 99. Duranton, t. IX, no 61. Poujol, art. 971, no 8.

(2) M. Coin-Delisle, no 51, sur l'art. 971. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, note sur le no 277 *bis*.

de négligence, ou d'impuissance, postérieur à sa passation et imputable au dépositaire.

On peut seulement se demander si le testateur voulant révoquer son testament, peut s'en faire remettre la minute. C'est un point que nous examinerons plus tard dans le commentaire de l'art. 1038 (1).

1510. Rien ne défend, du reste, au notaire de délivrer au testateur une expédition de son testament. Il est vrai que l'article 7 de l'édit du 19 mars 1693 l'interdisait expressément; mais une décision du ministre des finances, du 25 avril 1809 (2), a autorisé les notaires à délivrer aux testateurs expédition de leurs testaments, sans même qu'il fût besoin de les faire préalablement enregistrer.

1511. Mais le juge pourrait-il, sur la demande d'une partie intéressée, ordonner la délivrance d'une expédition du testament par extrait, si ce testament renfermait, par exemple, une reconnaissance d'enfant naturel? La négative est évidente. Un testament ne peut faire titre pour personne du vivant du testateur. Les dispositions qu'il renferme, soit qu'elles consistent en libéralités, soit qu'elles aient un autre objet, ont un caractère ambulatoire et secret, et ne sont destinées à recevoir d'exécution qu'après le décès du testateur. Il n'est donc permis à personne d'en exciper (3).

(1) *Infrà*, n° 2114.

(2) Sirey, 9, 2, 270. Art. 1038, n° 2115.

(3) Voy., en ce sens, un arrêt de la cour d'Amiens du 9 fév. 1826 (Devill., 8, 2, 188). V., en sens contraire, un arrêt de Bastia du 5 juillet 1826 (Devill., 8, 2, 254); qui nous semble renverser toutes les idées fondamentales en matière de testament.

Article 972.

Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un des notaires, tel qu'il est dicté.

S'il n'y a qu'un notaire, il doit être également dicté par le testateur, et écrit par ce notaire.

Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins.

Il est fait du tout mention expresse.

SOMMAIRE.

1512. Importance des formalités substantielles du testament par acte public.
1513. Division.
1514. Du notaire et de son ressort, d'après la loi du 25 ventôse an XI.
1515. Un notaire, interdit de ses fonctions, ne pourrait recevoir un testament.
1516. Application qui pourrait être faite de la loi *Barbarius Philippus* à un notaire mineur.
1517. Le notaire ne doit avoir aucun intérêt dans les dispositions du testament qu'il est chargé de recevoir.
1518. Il faut que le notaire reçoive l'acte comme notaire.
1519. L'acte ne serait pas nul parce que le notaire aurait négligé de mentionner son nom et sa résidence.
1520. De la responsabilité du notaire.
1521. De la dictée. — *Quid* de l'interrogation ?
1522. C'est en présence des témoins que la dictée doit être faite.

1523. Il suffit que le notaire rende fidèlement, en écrivant, la pensée du testateur.

1524. Le notaire peut aider au développement de l'idée du testateur.

1525. Si le testateur a dicté les dispositions en patois, le notaire peut-il, en écrivant, se servir du langage vulgaire ?

1526. Dans tous les cas, il est nécessaire que les témoins comprennent l'idiome employé par le testateur.

1527. Autrement, ils ne seraient pas des témoins dans le vrai sens du mot.

1528. Le notaire doit écrire les dispositions du testateur, à mesure, et telles qu'elles lui sont dictées.

1529. Le notaire peut rédiger en français un testament qui lui est dicté en langue étrangère, mais en faisant connaître qu'il a donné au testateur l'interprétation de sa rédaction.

1530. De l'écriture. — Il faut que le notaire écrive lui-même.

1531. Si le testament est reçu par deux notaires, tous deux peuvent alternativement écrire.

1532. De la lecture au testateur.

1533. Elle doit avoir lieu en présence des témoins.

1534. Comment doit se faire la lecture, lorsque le testateur et les témoins n'entendent pas la langue française ?

1535. De la mention expresse. — Pour quelles raisons elle est exigée ?

1536. Sur quelles formalités doit porter la mention expresse ?

1537. 1° Mention de la dictée par le testateur. — Définition de la dictée.

1538. Conséquences.

1539. Du reste, il n'est pas nécessaire de mentionner que la dictée a été faite en présence des témoins.

1540. La mention de la dictée peut être remplacée par un équivalent, *adæquatè et identicè*.

1541. La mention de la dictée ne peut être détruite que par l'inscription de faux. — Renvoi.

1542. 2° Mention de l'écriture par le notaire. — Elle est nécessaire, quand bien même il serait certain que l'écriture est celle du notaire.

1543. Les équipollents, ici encore, sont admissibles, à la condition d'exprimer identiquement la même chose. Exemples.

1544. Les mots *rédiger, dresser, faire,* se rapportent plutôt à une opération de l'esprit qu'à une opération de la main;

1545. A moins que des modifications de détail n'en viennent changer le sens.

1546. Le mot *reçu* n'est pas un équipollent suffisant pour remplacer le mot *écrit.*

1547. Affaire Duchâtenet. — On ne doit admettre comme équipollents que les mots parfaitement synonymes, et tels, qu'il ne s'y puisse figurer quelque différence.

1548. Le notaire doit-il, non-seulement mentionner qu'il a écrit le testament, mais encore qu'il l'a écrit tel qu'il lui a été dicté?

1549. La place de la mention de l'écriture est indifférente.

1550. 3° Mention de la lecture au testateur. — 4° Mention de la présence des témoins à cette lecture.

1551. La mention de la lecture au testateur peut résulter d'équipollents.

1552. Il en est de même de la mention de la présence des témoins à la lecture; mais il ne faut pas qu'il puisse y avoir d'équivoque.

1553. Affaire Franqueville. — Doute sur l'observation de la mention de la présence des témoins à la lecture, résolu par la cour de cassation contre la validité du testament.

1554. Opinion de M. Toullier contraire à cette solution.

1555. Quoi qu'en dise M. Toullier, la cour de cassation n'a jamais varié sur ce point. — Examen du premier arrêt opposé par M. Toullier.

1556. Examen du second arrêt.
1557. Examen du troisième arrêt.
1558. Examen du quatrième arrêt.
1559. Réfutation de l'opinion de M. Toullier.
1560. Résumé, sur ce point, de la jurisprudence de la cour de cassation.
1561. La place de la mention de la lecture est indifférente.
1562. Il faut qu'il soit constant, dans la mention, qu'il s'agit de la lecture de tout le testament, à peine de nullité;
1563. A moins que la disposition additionnelle, non comprise dans cette mention de lecture, n'ait d'autre but que d'expliquer une disposition un peu obscure.
1564. Cette exception, toutefois, ne s'applique pas à un renvoi qui se rapporte au corps du testament.
1565. Ces mentions expresses peuvent-elles être placées dans la bouche du testateur?
1566. Quand un testament contient les mentions expresses requises par la loi, on ne peut être admis à prouver autre chose que ce qu'elles énoncent, sans inscription de faux.
1567. Du reste, les témoins instrumentaires peuvent être entendus sur la vérité des énonciations contenues dans l'acte argué de faux.
1568. Leurs dépositions, toutefois, ne doivent pas, sans de graves motifs, faire annuler le testament.
1569. Des formalités prescrites par la loi sur le notariat. — Elles sont applicables aux dispositions testamentaires.
1570. Des formalités prescrites par cette loi au sujet des noms des témoins instrumentaires.
1571. L'indication du lieu de la passation de l'acte est-elle nécessaire sous la loi de ventôse?
1572. L'énonciation de la demeure des témoins doit-elle être exactement indiquée?

1573. *Quid* de la date de l'année et du jour? — De l'erreur de date et de la rectification qui peut avoir lieu.

1574. Un testament par acte public ne saurait être annulé pour fausse date, par cela seul que, commencé le soir du jour dont il porte la date, sa dictée a été interrompue jusqu'au lendemain matin par une défaillance du testateur.

1575. Malgré l'art. 16 de la loi sur le notariat, la surcharge de la date n'entraînerait point la nullité du testament.

1576. Si le testament ne vaut pas comme acte public, il ne peut valoir d'aucune autre manière.

1577. La signature du notaire doit avoir lieu en présence du testateur; mais la mention de la signature est inutile.

COMMENTAIRE.

1512. Après avoir dit ce que c'est que le testament public, le Code en détaille les formalités dans l'article que nous analysons et dans les articles suivants. Nous allons le suivre pas à pas; tout ce qu'il prescrit est de la plus haute importance et la peine de nullité est prononcée contre l'omission d'une seule des solennités qu'il exige (1). (Art. 1001, Code Napoléon.) Les tribunaux se sont toujours montrés sévères sur l'exécution des articles du Code qui nous occupent en ce moment. Sans doute, les testaments sont favorables et l'on doit suivre de préférence l'interprétation la plus bénigne, « *magis ut valeat quàm* » *pereat dispositio.* » Mais, quand la formalité sub-

(1) Furgole, ch. 3, n° 13.

stantielle manque, il y a pour l'héritier naturel, qui a aussi son degré de faveur, un droit acquis dont les tribunaux ne le doivent pas priver.

Cependant, prenons garde de ne pas tomber dans un formalisme superstitieux. L'art. 972 ne prescrit aucune formule sacramentelle. Pour que son vœu soit rempli, il suffit que l'accomplissement des formalités prescrites ressorte manifestement de l'ensemble de la rédaction (1).

1513. Notre article roule sur plusieurs points importants; il s'occupe:

1° Du notaire;

2° De la dictée;

3° De l'écriture:

4° De la lecture au testateur et aux témoins;

5° De la mention expresse.

Ce sont autant de points qui doivent attirer notre attention, sans que pour cela nous devions perdre de vue la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat, qui se combine avec le Code.

1514. Pour que le notaire puisse instrumenter, il faut qu'il se renferme dans l'étendue de son ressort: c'est là seulement qu'il est officier public; partout ailleurs, il n'est qu'une personne privée.

Avant la loi de l'an XI, cette question avait été fortement controversée. De graves auteurs (2) soutenaient qu'un acte reçu par un notaire hors de son territoire,

(1) Cassat., 7 décembre 1846 (Devill., 47, 1, 71).

(2) Bacquet, *Droit de justice*, l. 3, ch. 35. Loyseau, *Offices*, 2, 6, 102.

n'était pas nul. Une loi du 18 brumaire an II portait même que les actes reçus par les notaires hors des limites du département dans l'étendue duquel leur résidence était fixée, ne pourraient être annulés du chef de l'incompétence de ces officiers.

Mais il ne peut y avoir de doute sur ce point, depuis que la loi du 25 ventôse an XI défend à tout notaire d'instrumenter hors de son ressort, à peine de nullité et de tous dommages et intérêts (articles 6 et 68).

L'art. 5 de la même loi fixe ainsi qu'il suit le ressort des notaires.

Les notaires des villes où siége une cour impériale, exercent leurs fonctions dans tout le ressort de la cour.

Ceux des villes où il n'y a qu'un tribunal de première instance, dans l'étendue du ressort de ce tribunal.

Ceux des autres communes, dans l'étendue du ressort de la justice de paix.

Un testament fait par un notaire hors de son ressort serait donc nul.

1515. Il en serait de même si le notaire était interdit de ses fonctions. Car il n'aurait plus de caractère public.

A plus forte raison, une décision semblable devrait-elle être portée, si la personne qui avait reçu l'acte avait usurpé les fonctions de notaire, sans en avoir été revêtue par le titre du souverain, ou bien si ce notaire, quoique nommé par l'empereur, n'avait pas prêté serment devant le tribunal de première

instance. La bonne foi du testateur et des témoins ne pourrait être d'aucune considération, et c'est vainement qu'on invoquerait la fameuse loi *Barbarius Philippus*, 3, D., *De offic. prætor.* Cette loi est dans le cas d'un esclave que le peuple romain avait nommé préteur sans connaître sa qualité de personne servile. Mais il n'en est pas moins vrai que cet esclave avait le titre de préteur. Dès lors, le jurisconsulte pensa qu'on devait respecter ses actes dans l'intérêt public, d'autant que le peuple aurait pu le relever de sa condition d'esclave, s'il l'eût connue. On voit que cette loi est inapplicable à notre espèce, et personne ne saurait dire que, dans le cas posé, la bonne foi des parties peut donner existence au testament.

1516. La loi *Barbarius Philippus* serait seulement applicable, si, par exemple, le notaire nommé par le souverain était mineur. Quoique régulièrement une personne en âge de minorité ne puisse être appelée à des fonctions de notaire, ses actes n'en seraient pas moins bons aux yeux de la loi; car les parties qui voient une nomination peuvent alléguer une juste cause d'ignorance (1); et d'ailleurs n'est-il pas au pouvoir du souverain de donner des dispenses d'âge?

1517. Il ne suffit pas que le notaire ait toutes les qualités habituelles voulues par la loi, il faut encore « qu'il n'ait aucun intérêt au testament qu'il est » chargé de recevoir. »

L'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI porte que les notaires ne peuvent recevoir des actes qui contien-

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 603, n° 4.

draient quelques dispositions en leur faveur. Et l'art. 68 ajoute que tout acte fait en contravention à cette défense sera nul comme acte public et ne pourra valoir que comme acte sous seing privé, s'il est signé des parties (1).

1518. Enfin, il faut que le notaire reçoive l'acte comme notaire. Sa présence comme témoin ne pourrait servir pour autre chose que pour le faire considérer comme témoin; mais on ne pourrait s'en prévaloir pour lui donner la qualité d'officier public, sous laquelle il ne s'était pas présenté à la rédaction de l'acte.

Pour qu'on puisse considérer le notaire comme ayant agi en cette qualité, il n'est pas absolument nécessaire qu'il ait articulé dans l'acte son titre d'officier public (2). Si l'acte était revêtu des solennités nécessaires pour les actes publics, et qu'il ne fût pas contesté que celui qui l'a reçu fût notaire, ce serait en vain qu'on en querellerait la validité devant les tribunaux (3).

1519. D'après l'article 12 de la loi sur le notariat, le notaire doit mentionner son nom et sa résidence; sans cela il encourrait une amende de 100 francs. Mais il n'est pas vrai qu'à la peine de 100 fr. contre le

(1) Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 2, n° 20, et v° *Témoin instrument.*, § 2, n°s 3 et 16.

(2) *Contrà*, M. Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p 688, col. 2.

(3) Mascardus, *De probat. conclus.*, n° 43. Toullier, t. V, n° 386.

notaire, on doive ajouter la nullité contre les parties (1).

1520. Nous avons cité, il n'y a qu'un instant, l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, qui rend les notaires responsables des nullités par eux commises dans les actes qu'ils reçoivent, et les rend passibles de tous dommages et intérêts. C'est même pour que cette responsabilité ne soit pas illusoire qu'on les a soumis à fournir un cautionnement (art. 33 de la même loi).

Cette responsabilité est fort ancienne dans la jurisprudence française. D'Argentrée disait sur l'un des articles de la coutume de Bretagne : *Notarius de dolo et imperitiâ tenetur* (2).

Mais, tout en érigeant en loi cette responsabilité, l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI y ajoute la sage restriction, *s'il y a lieu*, parce qu'en effet, il y a des cas où il peut n'y avoir ni faute ni dommage, cas qui ont dû être laissés à la prudence des tribunaux.

En parcourant tous les arrêts rendus sur la responsabilité des notaires, on peut s'assurer que, dans les commencements, beaucoup de tribunaux ont abusé de la latitude de la loi pour exempter d'une juste garantie des officiers ministériels qui, par négligence ou par ignorance de leurs devoirs, avaient

(1) Merlin, Répert., t. XVII, p. 720, col. 2 et 3. *Infrà*, n° 1569.

(2) Voy. cependant Furgole, qui paraît penser que le notaire n'est responsable que pour prévarication, t. VI, p. 354, ch. 12, n° 15, et M. Grenier, *Donat.*, n° 232, t. II, p. 255.

omis dans des testaments des solennités indispensables, et occasionné la nullité d'actes si importants, si chers aux familles, si précieux pour celui qui, avant de mourir, a voulu régler le sort de son patrimoine (1).

Aujourd'hui les tribunaux sont plus sévères observateurs de la loi ; ils se souviennent mieux du principe enseigné par Domat, à savoir : « qu'il faut mettre » au rang des dommages causés par des fautes, ceux » qui arrivent par l'ignorance des choses qu'on doit » savoir. » Or, il n'y a pas de témérité plus inexcusable que de s'engager à faire des actes d'où dépend la fortune d'autrui, sans avoir les connaissances propres à son état (2).

1521. Passons à la dictée.

Comme on ne saurait trop se tenir en garde contre les suggestions qui peuvent assiéger les testateurs, la loi voulant que le testament contienne la volonté précise du testateur (*justa mentis nostræ testatio*), exige que le testateur dicte ses intentions, et qu'il en soit le seul et unique interprète.

(1) Je cite à titre de renseignement historique, mais non comme allusion au présent, les paroles d'un ancien auteur : « *Notarii sunt, ut plurimi, idiotæ, ignorant sensum et* » *intellectum verborum quo fit ut eorum imperitia destruat* » *mundum et conscientias bonorum virorum in periculo deducat, et quià nesciunt quod scribunt, plerumquè testantium* » *voluntates pervertunt.* » Mantica, *De conject. ult. volunt.*, lib. 1, tit. 10, n° 4. « *Undè Angel. in consil.* 295 *dicit se multum vidisse exoriri infinitos errores ex imperitiâ tabellionum* » *maximè in ultimis voluntatibus.* » (Id., *loc. cit.*)

(2) M. Toullier, t. V, n° 389.

Par cette disposition, empruntée à l'ancien droit, se trouve proscrite toute disposition faite à l'interrogation d'autrui ; ce qui a lieu quand le notaire, ou toute autre personne, demande au testateur s'il veut telle chose qu'on lui propose, et que le testateur répond par un geste ou par une affirmation.

Il est vrai que, dans quelques cas, ces interrogations pourraient se faire sans fraude, sans idée de captation, et il ne serait pas impossible que la personne qui questionne ainsi le testateur, n'agît que par la connaissance de ses véritables intentions qu'il ne pourrait lui-même expliquer et déduire d'une manière intelligible. Mais si, dans un cas pareil, il n'y a pas surprise, on peut au moins craindre qu'il y ait erreur; c'est pourquoi tous les doutes doivent être écartés en obligeant le testateur à prononcer lui-même de son pur mouvement ses dernières volontés (1). Il ne suffit donc pas, qu'étant interrogé sur ses dispositions, il réponde simplement par un oui ou par quelque autre parole qui démontre son consentement (2).

1522. La dictée doit se faire à intelligible voix non-seulement en présence des notaires ou du notaire, mais encore des témoins. C'est ce qui résulte de l'article précédent qui veut que le testament soit

(1) Furgole, *Test.*, V, 3, 32.

(2) Mantica, *De conject. ult. volunt.*, 2, 6, 10 et suiv. Fachin., *Controv.* 10, 17. Hillig. *sur Doneau*, 6, 21, 3. Merlin, Répert., v° *Suggestion*. Cassat., 12 mars 1838 (Devill., 38, 1, 206. Palais, 1838, t. I, p. 400).

reçu en présence des témoins. Or, nous avons dit que le mot « reçu » comprenait la dictée et l'écriture (1).

Si les témoins n'étaient pas présents à toute la série des opérations dont se compose le testament, il y aurait évidemment nullité.

1523. La dictée n'exige pas que le notaire reproduise identiquement et matériellement les paroles du testateur ; il suffit que la pensée en soit fidèlement retracée par le notaire (2). Ceci est maintenant constant en jurisprudence.

1524. Il y a plus, et quand le testateur a clairement exposé son idée, il n'est pas défendu au notaire d'aider à son développement.

Un testateur, après avoir légué des pièces de terre par leur nom, s'était fait aider, soit par le notaire, soit par les témoins instrumentaires pour en désigner les confrontations. On prétendait que cela suffisait pour faire décider que ce testament n'avait pas été dicté. Mais ce n'était qu'un secours à donner au testateur pour ne laisser aucun doute sur des intentions déjà exprimées par lui. Et le moyen ne fut pas admis (3).

1525. Lorsque le testateur ne sait pas parler la

(1) Voy. n° 1506.

(2) Cassat., 4 mars 1840 (Devill., 40, 1, 327. Palais, 1840, t. I, p. 552). Cassat., 19 janvier 1844 (Devill., 41, 1, 333. Palais, 1841, t. I, p. 707). Cassat., 15 janvier 1845 (Devill., 45, 1, 303. Palais, 1845, t. I, p. 403).

(3) Cassat., rej., 22 juin 1843 (Devill., 44, 1, 303. Palais, 1844, t. I, p. 537).

langue française, et qu'il ne peut exprimer ses idées que dans le patois du midi, comme sont les hommes rustiques en Provence, en Languedoc, en Gascogne et en Guienne, ou en italien, comme dans le département de la Corse, le notaire, que la loi oblige à écrire le testament tel que le testateur l'a dicté, peut-il se servir du langage vulgaire? Cette question, importante pour beaucoup de départements de la France, trouvera mieux sa place dans le paragraphe suivant où nous traitons de ce qui concerne l'écriture. Nous nous bornerons à dire ici que le testateur peut, sans difficulté, manifester sa pensée dans la langue qui lui est propre, pourvu qu'il soit entendu du notaire et des témoins. C'est ce que prouve la loi 21, § 4, C., *De testam.*, qui, lorsque le testament se fût débarrassé des formes étroites du droit civil primitif, reconnut la validité du testament fait en langue grecque (1).

1526. Mais, quelle que soit la langue dans laquelle s'exprime la volonté du testateur, il est une règle certaine, c'est que les témoins doivent la comprendre. A la vérité, on lit ce qui suit dans la loi 20, § 9, D., *Qui test. facere possunt.* « *Non tamen intelligentiam sermonis exigimus. Hoc enim D. Marcus Didio Juliano in teste qui latinè non noverat, rescripsit; nàm si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere* (2). »

(1) « *Illud etiàm huic legi prospeximus inserendum ut etiàm Græcè omnibus liceat testari.* »

(2) *Pand.* de Pothier, t. II, p. 176, n° 27.

Mais Doneau (1) et Furgole (2) disent que cette loi n'est applicable qu'au testament mystique et qu'il en doit être autrement dans le testament nuncupatif pour la validité duquel il est nécessaire que le témoin entende la volonté exprimée par le testateur de sa propre bouche, puisque c'est cette nuncupation qui fait l'essence de ce genre de testament. Tel est aussi l'avis de Ricard (3). « Je ne fais de doute, dit-il, » qu'il ne soit nécessaire, pour la solennité de nos » testaments, que les témoins qui y sont employés » entendent la langue en laquelle ils sont faits. »

On ne trouve rien de contraire à cette décision dans un arrêt de la cour de cassation du 14 juillet 1818 (4), qui souvent a été mal interprété. La cour de Nancy, par arrêt du 28 juillet 1817 (5), avait déclaré valable un testament dicté en français, quoique l'un des témoins instrumentaires n'entendît qu'imparfaitement la langue française; mais elle avait reconnu qu'entre ce témoin, dont la langue habituelle était l'allemand, et les autres témoins, le notaire et le testateur même qui avaient l'usage de cette langue, il y avait eu un moyen facile de communication réciproque, et qu'ainsi ce témoin avait pu acquérir du fond même et de la substance des dispositions testamentaires, une perception aussi distincte que l'avaient pu acquérir tous les autres témoins. En

(1) Doneau, *Comm.*, lib. 6, cap. 10, n° 9.
(2) Furgole, *Traité des testaments*, ch. 3, sect. 1, n° 8.
(3) Ricard, p. 1, n° 1606, p. 372.
(4) Sirey, 18, 1, 396. Devill., 5, 1, 500.
(5) Sirey, 18, 2, 89. Devill., *loc. cit.*

présence de ce fait reconnu par l'arrêt attaqué, la cour de cassation décida que la cour de Nancy n'avait fait qu'apprécier une faculté personnelle et qu'il n'y avait pas ouverture à cassation. Cet arrêt a été l'objet des critiques de M. Merlin (1) et de M. Toullier (2). Mais ils ne l'ont pas compris. Ils n'ont pas fait attention qu'il y avait dans l'espèce, un ensemble de faits desquels il résultait que le témoin avait été en communication, par le moyen de la langue allemande, avec tous ceux qui avaient coopéré à l'acte et surtout avec le testateur, et qu'on pouvait dire qu'il y avait eu en quelque sorte deux dictées, l'une en allemand, l'autre traduite en français.

1527. Tout ceci réfute suffisamment le sentiment de M. Daniels (3), qui pense que les témoins n'étant appelés que pour attester l'observation des formes extérieures, n'ont pas nécessairement besoin de comprendre l'idiome dans lequel la dictée se fait. Les témoins ne seraient pas des témoins dans le sens vrai du mot, si le fond même de l'acte échappait à leur connaissance (4).

1528. Le notaire doit écrire les dispositions testamentaires à mesure que le testateur les dicte ; et

(1) Quest. de droit, v° *Testament*, p. 363, § 17, art. 4.

(2) T. V, n° 393, note 1, p. 366.

(3) Merlin, Répert., add., v° *Testament*, t. XVII, § 2, n° 4, p. 623.

(4) Metz, 30 avril 1833 (*Palais*, 1833, t. I, p. 232. Devill., 33, 2, 350).

comme la dictée ne peut avoir lieu qu'en présence des témoins, ainsi que nous l'avons établi (1), il suit que l'écriture doit avoir également les témoins pour spectateurs.

1529. L'officier ministériel doit écrire les dispositions telles que le testateur les a prononcées. C'est ce qu'exige notre article en termes qui ne sauraient être plus formels. Mais comment concilier cette obligation avec la loi (2) qui veut que les actes publics soient rédigés en langue française, lorsque le testateur parle une autre langue? Est-il possible à un notaire, qui doit rédiger son acte en français, d'écrire le testament tel qu'il lui est dicté, quand le testateur ne parle, par exemple, que l'italien ou le languedocien?

Cette question a fait quelques difficultés dès l'origine (3). Mais la cour de cassation a fixé la jurisprudence d'une manière invariable par son arrêt du 4 mai 1807 (4), en décidant que l'article 972 ne fait pas obstacle à ce que le notaire rédige en français un testament dicté dans une langue étrangère, par un testateur ne sachant pas le français, et que foi doit être ajoutée à ce testament (5). Ce qui importe, c'est que la volonté du testateur soit scrupuleusement

(1) N° 1522.

(2) Voy. notamment la loi du 2 thermidor an II, et l'arrêté du 24 prairial an II.

(3) Devill., 2, 2, 175 et 258.

(4) Devill., 2, 1, 882 (*Palais*, 6, 70).

(5) Merlin, Répert., v° *Langue française*, p. 754. C'est l'identité de pensée et non celle de mots qu'exige le législa-

reproduite, sinon dans les mots, au moins dans tout ce qu'elle a d'essentiel au fond. Seulement, il faut que le notaire fasse connaître qu'il a donné au testateur l'interprétation de sa rédaction dans la langue parlée par celui-ci (1).

1530. Le notaire doit écrire lui-même. Avant l'ordonnance de 1735, on pensait communément que l'officier public qui recevait un testament n'était pas obligé de l'écrire de sa main. Mais les articles 5 et 23 de l'ordonnance de 1735 en disposèrent autrement, et les arrêts rendus sous l'empire de cette ordonnance n'hésitèrent pas à annuler les testaments que les notaires avaient fait écrire par leurs clercs (2). Le Code a suivi l'ordonnance de 1735, et un testament serait évidemment nul, si le notaire lui-même n'avait pas tenu la plume. C'est ce qui résulte des mots, « il doit être écrit par le notaire. »

1531. Le testament est reçu par deux notaires; il peut être alternativement écrit par l'un et par l'autre, et si celui qui a commencé à écrire ne peut continuer par fatigue, ou par tout autre motif, il peut

teur (M. Toullier, t. V, p. 389). Ainsi la cour de cassation a jugé qu'un notaire pouvait rédiger à la troisième personne un testament (18 janvier 1809, Devill., 3, 2, 8). On est étonné qu'il ait fallu un arrêt pour décider une chose si claire.

(1) *Infrà*, n° 1534.

(2) Furgole, ch. 2, sect. 3, n° 7. « C'est une précaution » très-sage, dit-il, pour obvier aux fraudes et afin qu'on ne » puisse pas coucher dans le testament des dispositions que » le testateur n'aura point dictées. » *Juge* Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 5, art. 4, p. 607.

céder sa place à son confrère. Tous deux ont, en effet, capacité égale pour recevoir le testament (1).

1532. Lorsque le testateur a mis fin à ses dispositions, il faut vérifier si le notaire a exactement recueilli toutes ses volontés, et c'est pour atteindre ce résultat que le législateur ordonne qu'il soit, par le notaire, donné lecture de sa rédaction. D'ailleurs, le testateur peut faire des additions à sa volonté; il peut réformer ou modifier quelques-unes de ses dispositions. Il faut donc qu'avant de clore le testament, on lui fasse connaître l'ensemble des volontés qu'il a exprimées.

La lecture est une formalité tellement essentielle que le testament serait nul si elle n'avait pas lieu.

1533. Et remarquez qu'il ne suffit pas que la lecture soit donnée au testateur, mais qu'il est nécessaire que les témoins soient présents à cette lecture, et cela à peine de nullité; car il faut bien qu'ils puissent assurer par leur signature que ce qui est écrit est conforme: 1° à ce qui a été dicté par le testateur; 2° à ce qui a été lu au testateur par le notaire.

1534. Si le testateur et les témoins n'entendent point la langue française, la lecture devrait être donnée par le notaire dans l'idiome qui leur est familier. Le notaire doit alors faire une traduction aussi exacte que possible de ce qu'il a écrit, et s'attacher à rendre toute la force des pensées (2). Par sa tra-

(1) Furgole, *loc. cit.*, ch. 2, sect. 3, n° 8. Voy. aussi Toullier, t. V, n° 421.

(2) *Suprà*, n° 1529.

duction et son interprétation, il s'établit une communication légale entre ceux qui parlent des langages différents : les notaires, officiers publics et assermentés, sont les interprètes naturels et officiels de ces actes, lorsque les parties n'ont pas l'usage de la langue française (1).

1535. Ce n'est pas assez que toutes les formalités que nous venons d'énumérer aient été observées, il faut encore que la preuve en soit donnée par le testament lui-même ; car un testament, c'est-à-dire le plus solennel de tous les actes de la vie humaine, doit se soutenir par ses propres forces, sans avoir besoin de secours extrinsèques. Inutilement ferait-on la preuve testimoniale de l'observation des formalités prescrites par la loi, si cette preuve ne résultait pas nécessairement du contexte de l'acte. Voilà pourquoi la loi exige qu'il soit fait mention expresse que les formalités ont été remplies ; à défaut de cette mention, la loi suppose qu'elles ont été omises.

Il ne faut pas croire, cependant, que quoique le législateur ait cru utile d'ordonner que les solennités des testaments seraient remplies exactement et à la lettre, il ait entendu prescrire de ces pratiques superstitieuses qui, suivant l'expression de D'Aguesseau, sont comme une espèce de piége tendu aux notaires, et par eux aux testateurs (2). Rien n'empêche que l'équipollence n'y soit reçue, pourvu que cette équi-

(1) Metz, 19 décembre 1816 (Devill., 5, 2, 216).

(2) T. 8, 9, p. 477, lettre du 30 décembre 1742 au premier président du parlement de Grenoble.

pollence remplisse *adæquatè et identicè* le but du législateur (1).

M. Merlin (2) développe très-bien les motifs qui ont porté le législateur à exiger la mention expresse des solennités ordonnées pour la validité des actes de dernière volonté. Le premier de ces motifs, dit ce jurisconsulte, est pour garantir, le second pour constater l'observation de ces mêmes solennités. Un grand but a dirigé, dans tous les temps, ceux qui ont été chargés de faire des réglements sur les dispositions de dernière volonté. C'est de prévenir les suggestions et les erreurs. De là, des formalités plus minutieuses que dans les autres actes de la vie civile, et des solennités dont l'omission fait crouler les dispositions les plus favorables. Il a donc fallu établir des garanties et des preuves de l'observation de ces formalités; la mention expresse est destinée à remplir ce double objet. Il y a garantie aux yeux de la loi dans la mention expresse. Car de deux choses l'une : ou le notaire ne se conforme pas aux solennités qui peuvent habiliter un testament, et cependant il constate qu'il en a été scrupuleux observateur, et alors il s'expose à la peine des faussaires.

(1) Ricard, *Des donations*, part. 1, ch. 5, sect. 6, n° 1502 et 1504. « Les arrêts, dit-il, n'ont pas admis l'équipollence » si elle n'est identique, et si ce qui est employé pour accom- » plir les formalités prescrites par la Coutume ne comprend » son intention *adæquatè et identicè*, pour me servir des » termes de la philosophie. »

(2) Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, p. 610 et suiv. Réquisitoire dans l'affaire Duchâtenet.

Or, le caractère public dont un notaire est revêtu, le sentiment d'intérêt personnel propre à chaque individu le porteront à observer fidèlement la loi plutôt qu'à attirer sur sa tête l'infamie et la perte de son état. Ou bien, il observera les formalités prescrites sans le constater; mais comment la loi pourra-t-elle croire à cette observation, lorsqu'elle voit le notaire oublier d'en faire mention, et s'exposer à des dommages et intérêts par une omission tout à fait invraisemblable? Car, si le notaire est assez versé dans son état pour connaître les solennités propres à un testament, il est impossible qu'il ignore l'obligation où il est de les constater; et s'il a pris soin de les observer, comment sa prudence l'aurait-elle abandonné tout à coup, pour lui faire oublier d'en porter la mention expresse dans le contexte de l'acte? La loi ne peut supposer deux choses aussi contradictoires: elle aime mieux croire, parce que la vraisemblance l'y contraint, que s'il n'est pas question des formalités, c'est qu'elles ont été négligées, et que le notaire, par une ignorance singulière de ses fonctions, ne connaissait pas plus les solennités d'où dépend la validité d'un testament, que l'obligation de faire mention de leur observation.

Nous disons d'un autre côté que dans la mention il y a preuve légale que le vœu de la loi n'a pas été trompé. Car le caractère du notaire, la présence des témoins qui n'auraient pas manqué de réclamer, celle du testateur qui, plus que tout autre, aurait eu intérêt à faire entendre ses plaintes, sont autant de preuves que la mention expresse ne constate

que la vérité. Que d'inconvénients, d'ailleurs, si la preuve des solennités pouvait dépendre du moyens extrinsèques? En ce qui est du ressort de la preuve testimoniale, peut-on exiger que les témoins se souviennent, après un long temps, de circonstances de nature à s'effacer facilement de la mémoire? En ce qui touche la preuve par experts écrivains, ne sait-on pas que la science de ces praticiens est conjecturale et trompeuse, ainsi que le disait M. Talon dans les conférences sur le projet d'ordonnance de 1670? Comment donc connaître l'exacte vérité? Pouvait-on abandonner à des moyens si incomplets, si fugitifs, la preuve des solennités qui habilitent un acte placé au-dessus des réglements de la loi sur les successions *ab intestat*?

Toutes ces considérations prouvent que ce n'est pas par un pur formalisme que l'on exige la mention expresse des solennités propres au testament.

1536. Examinons maintenant les difficultés que peut présenter l'exécution de notre article.

Il exige quatre choses bien distinctes :

1° Que le testament soit dicté par le testateur ;

2° Qu'il soit écrit par le notaire ;

3° Qu'il en soit fait lecture au testateur ;

4° Que les témoins soient présents à cette lecture.

C'est de toutes ces formalités qu'il doit être fait mention expresse à peine de nullité ; la loi ne reconnaît pour valables que les testaments dans lesquels la mention de ces quatre formalités est expressément écrite (1).

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, *loc. cit.*, p. 610, col. 2 *in fine*.

1537. Parlons d'abord de la dictée. Il est indispensable que le notaire constate que c'est le testateur qui a dicté lui-même les dispositions testamentaires.

Dicter, suivant l'Académie française, veut dire : prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même temps. Voilà l'idée : le mot dicter n'est pas sacramentel ; toute tournure qui exprimera cette idée *adæquatè et identicè*, remplira le vœu de la loi.

D'après notre article, c'est aux notaires ou au notaire que le testament doit être dicté. Or, les termes « dicter à quelqu'un » se prennent dans deux acceptions différentes.

Ils signifient tantôt prononcer mot à mot devant quelqu'un ce qu'il écrit personnellement lui-même ; et tantôt prononcer devant quelqu'un ce qui est écrit par un autre. C'est en prenant le mot dicter dans la première de ces acceptions que l'on dit : je viens de dicter une lettre à mon secrétaire. C'est dans le même sens que l'emploie l'art. 972 du Code Napoléon lorsqu'il décide que, « s'il n'y a qu'un notaire, le testament doit être dicté par le testateur et écrit par le notaire. » Alors, la personne qui écrit est la même que celle à qui l'on dicte.

C'est dans la seconde acception que l'art. 972 emploie le mot dicter, quand il dit : « Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. » On sent, en effet, que dans ce cas le testament ne pouvant et ne devant être écrit que par l'un des deux notaires, il est impossible que ces

mots « leur est dicté » aient, par rapport à celui qui n'écrit pas, un autre sens que ceux-ci : prononcé devant eux (1).

Le mot « leur » a été inséré dans l'art. 972, sur une observation de M. Tronchet, « pour exprimer » que la présence des deux notaires est nécessaire » pendant la réception du testament (2). »

1538. Il suit de ces dispositions et de ces explications deux choses importantes dans une matière où les moindres omissions ont les plus graves conséquences.

La première que, lorsque le testament est reçu par deux notaires, il n'est pas nécessaire de dire que le testament leur a été dicté; qu'il suffit que l'acte constate que le testateur a prononcé ses dispositions en leur présence; car c'est là le véritable sens du mot « dicter, » employé dans cette partie de l'article (3).

La seconde que, lorsque le testament a été reçu par un seul notaire, il n'est pas nécessaire de dire que le testament a été dicté, et qu'il a été dicté au notaire; car, dans le cas qui nous occupe, l'art. 972 n'a pas dit que le testament était dicté au notaire, il a dit seulement que le testateur devait le dicter. D'ailleurs, puisque c'est le notaire instrumentant qui doit écrire *propriâ manu*, et que dicter veut dire ici prononcer ce que quelqu'un écrit en même temps,

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 652, col. 1 et 2.

(2) Locré, t. XI, p. 233.

(3) Merlin, *loc. cit.* Cassat., 19 août 1807 (Devill., 2, 1, 426).

il est manifeste que ce ne peut être qu'à ce notaire que la dictée a été faite (1).

1539. Notre article n'exige pas que le notaire, en faisant mention expresse de la dictée, ajoute que cette dictée a été faite en présence des témoins; la raison en est que cette circonstance résulte suffisamment du contexte de l'acte où il est dit que le testament a été reçu en présence de tels et tels témoins; car la réception comprend, comme nous l'avons dit (2), la dictée et l'écriture. Or, dire que le testament a été reçu en présence des témoins, c'est dire qu'il a été dicté en leur présence. *Pars in toto continetur* (3). Un arrêt de la cour de Metz du 19 décembre 1816 (4) l'a jugé dans ce sens.

1540. Nous avons dit tout à l'heure que la loi ne prescrivant aucun terme sacramentel, les équipollents sont admissibles, pourvu qu'ils remplacent *adæquatè et identicè* la disposition qu'ils sont destinés à suppléer; c'est ainsi que la cour de Paris a décidé que la déclaration que le testament a été prononcé par le testateur, et écrit par le notaire à me-

(1) C'est ce qu'ont jugé quatre arrêts de la cour de Bruxelles, des 25 mars et 25 juin 1806 (Devill., 2, 2, 128 et 155), 7 février 1807 et 16 janvier 1808 (Devill., 2, 2, 196 et 528). C'est aussi la doctrine de M. Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 653, et add., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 2, quest. 4, p. 700 *et seq.*

(2) N° 1506.

(3) Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 653, col. 2, alinéa 2.

(4) Devill., 5, 2, 216.

sure que le disposant prononçait, est un équivalent de la mention de la dictée (1).

Mais il n'y aurait pas équipollence parfaite si au lieu du mot « dicté » ou bien de la périphrase employée dans l'espèce de la cour de Paris, il était dit dans le testament : « proféré par sa propre bouche, » et que les notaires ont rédigé par écrit (2). » En effet, il ne résulte pas de cette locution que le testament ait été écrit en même temps que le testateur prononçait mot à mot ses dernières volontés.

1541. Lorsque le notaire a constaté que le testament avait été dicté par le testateur, on ne peut détruire la preuve qui en résulte que par une inscription de faux. C'est ce que nous développerons dans un paragraphe suivant.

1542. Passons maintenant à la mention de l'écriture par le notaire. Puisque le notaire est obligé d'écrire lui-même le testament, il doit aussi mentionner expressément que c'est lui qui l'a écrit. Si la loi n'avait pas pris cette sage précaution, il eût été fort difficile, et souvent impossible de s'assurer si le notaire avait rempli ses obligations. Car les témoins instrumentaires peuvent décéder, et la preuve de l'écriture par experts est extrêmement douteuse. D'ailleurs, la minute du testament peut se perdre. Quelle garantie aurait-on alors de l'accomplissement de la solennité?

(1) 17 juillet 1806 (Devill., 2, 2, 159), et Douai, 28 nov. 1814 (Devill., 4, 2, 419).

(2) Arrêt du parlement de Paris, du 16 février 1717 (Ricard, p. I, n° 1505).

Sous l'ordonnance de 1735, à la vérité, la jurisprudence n'était pas dans l'usage d'annuler les testaments où l'on ne trouvait pas la mention que les dispositions avaient été écrites de la main du notaire. Mais la raison était que l'ordonnance ne le prescrivait pas (1).

Le Code a été plus loin, par une précaution peut-être excessive, mais dont le but est d'empêcher que l'on ne couche dans le testament des dispositions étrangères à la volonté du testateur. Il veut d'abord, comme l'ordonnance de 1735, que le testament soit écrit de la main du notaire; il exige quelque chose de plus, c'est qu'il en soit fait mention expresse. Le défaut de cette mention entraînerait la nullité du testament (2).

Cette décision devrait avoir lieu encore bien qu'il ne fût pas contesté que l'écriture fût celle du notaire. Il suffit que la loi ait exigé la mention expresse que c'est le notaire qui a écrit le testament de sa propre main, pour que cette omission vicie le testament. En pareille matière tout est de rigueur, et la loi doit être observée quand même, avec les plus minutieuses précautions.

1543. Notre article ne prescrit pas de mots sacra-

(1) Furgole, *Testaments*, ch. 2, sect. 3, n° 86.

(2) C'est ce qu'a jugé la cour de cassation, le 10 thermidor an XIII, par arrêt rendu, sections réunies, sur les conclusions conformes de M. Merlin (Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, de 609 à 617), et l'autorité de ce premier arrêt a été confirmée par un second, en date du 4 février 1808 (Devill., 2, 1, 183).

mentels pour constater la formalité dont nous nous occupons, et les équipollents peuvent y être admis suivant la doctrine citée ci-dessus (1). Répétons que ces équipollents ne sont reçus qu'autant qu'ils ne laissent aucune incertitude et qu'ils remplissent identiquement l'objet, le but, et l'idée du mot qu'ils sont destinés à remplacer.

Différentes cours ont donné des preuves de leur sévérité à n'admettre que des synonymes parfaits; il ne sera pas inutile d'en donner quelques exemples, afin de montrer combien il est périlleux de s'écarter, par la moindre déviation, du sentier frayé par le législateur.

Un testament finissait par ces mots: « Fait, lu, passé et rédigé de suite et sans interruption par ledit notaire. » La cour de Besançon l'annula, par la raison qu'il n'y avait pas la preuve qu'il eût été écrit par l'officier instrumentant. Le mot « rédiger, » employé comme synonyme, fut trouvé insuffisant. Il n'indique, en effet, qu'une opération de l'esprit, tandis que le mot « écrit » indique une opération de la main; on peut rédiger un acte, un mémoire, sans l'écrire soi-même, en le dictant à un secrétaire; on peut écrire sans rédiger, comme font les copistes et ceux qui écrivent sous la dictée. Le même testament disait, à la vérité, qu'il avait été dicté par la testatrice, en sorte qu'on pouvait dire: la testatrice ayant dicté elle-même le testament, le mot rédigé ne s'applique évidemment ici qu'à l'écriture. Mais cette induction, qui avait

(1) N° 1535.

porté le tribunal de 1re instance à maintenir le testament, pouvait n'être pas exacte; on ne dicte pas toujours ce qu'on a rédigé soi-même, en sorte que des mentions retenues dans l'acte, il résultait que c'était le notaire qui avait rédigé le testament, c'est-à-dire coordonné et mis en ordre les dispositions y contenues, et que la testatrice avait dicté d'après cette rédaction. Mais l'acte laissait ignorer complétement qui avait prêté sa main pour coucher ces dispositions par écrit sous la dictée de la testatrice. L'arrêt de la cour de Besançon fut confirmé par arrêt de la cour de cassation du 4 février 1808 (1).

1544. La cour de Turin a rendu une décision semblable à l'égard d'un testament dans lequel le notaire avait inséré que ce testament lui avait été dicté, qu'il l'avait rédigé, fait et dressé, et qu'il en avait donné acte. Par son arrêt du 22 février 1806 (2), elle décida que ces mots « rédiger, dresser, faire, » se rapportaient plutôt à une opération de l'esprit qu'à une opération de la main (3).

1545. Nous pensons, toutefois, que la question serait susceptible d'une solution différente, si le notaire disait qu'il a rédigé l'acte sous la dictée du testateur. Il est impossible de donner ici au mot « rédiger » l'acception véritable et de le prendre dans le sens d'une

(1) Devill., 2, 1, 483. Voy. aussi Merlin, *loc. cit.*, p. 617.

(2) Devill., 2, 2, 118.

(3) La même espèce se représenta encore plus tard, et reçut une décision semblable par un arrêt qui fut confirmé, le 27 mai 1807, par arrêt de la cour de cassation (Devill., 2, 1, 394).

opération de l'esprit. Ces mots « rédiger sous la dictée » emportent deux idées inconciliables, si l'on prend ces mots dans leur signification rigoureuse. Le notaire se serait donc servi d'une expression impropre, et la modification ajoutée au mot « rédiger » prouverait qu'il a été pris dans le sens d'écrire.

Nous en dirons autant du cas où le notaire aurait mentionné que « la testatrice a dicté les dispositions et qu'elles ont été rédigées par lui-même mot à mot à mesure qu'elle les a prononcés. » Ces expressions de détail sont ici encore exclusives du sens ordinaire que l'on attache au mot *rédiger*, et ne peuvent s'appliquer qu'au fait matériel de l'écriture. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt de Nîmes du 26 mars 1838 (1).

1546. La cour de Turin a décidé que la mention que le notaire « a reçu » le testament, ne remplit pas le vœu de la loi, qui exige la mention expresse de l'écriture (2).

Le mot « reçu » englobe bien avec lui deux idées; celle de la dictée et celle de l'écriture. Mais il n'indique pas la personne qui a écrit, et comme il pourrait être tout aussi bien employé dans le cas où l'acte est écrit par un clerc, il s'ensuit qu'il est insuffisant (3).

Un cas non moins remarquable est celui-ci, qui

(1) *Palais*, 38, 1, 655.

(2) 22 mars 1806 (Devill., 2, 2, 126).

(3) Un autre arrêt de la même cour, du 31 août 1808 (Devill., 2, 2, 434), a jugé de même une espèce semblable.

a été jugé le 16 déc. 1806 par la cour de Toulouse (1). Cet arrêt décide que la mention faite par le notaire qu'il « a retenu le testament au fur et à mesure qu'il lui a été dicté, » n'est pas équipollente à la mention que le notaire a écrit le testament tel qu'il lui a été dicté.

1547. Venons, maintenant, à la fameuse affaire Duchâtenet, dont nous avons déjà parlé lorsque nous avons cité l'arrêt de la cour de cassation du 10 thermidor an XIII (2). Cet arrêt n'a pas seulement jugé que le testament doit, à peine de nullité, contenir la mention que c'est le notaire qui l'a écrit. Il a encore jugé que les mots « dicter au notaire » ne peuvent suppléer à la mention de l'écriture par le notaire. On disait, pour soutenir le testament de la demoiselle Letellier, attaqué par les héritiers *ab intestat*, et défendu par le sieur Duchâtenet, légataire, que « dicter » voulant dire « prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même temps, » ce mot présentait nécessairement l'idée de la testatrice qui dicte et du notaire qui écrit; que, par conséquent, le but de la loi était rempli.

Mais M. Merlin, qui portait la parole, montra, d'après le texte même de l'art. 972, que l'on peut dicter à quelqu'un qui n'écrit pas, comme par exemple, lorsque le testament est reçu par deux notaires, qu'on leur dicte les dispositions de dernière volonté, et qu'il n'y en a qu'un seul qui écrit. Dès lors ce magistrat tira la conclusion que le mot dicter ne voulait pas dire que ce fût le notaire instrumentant qui eût écrit, puisqu'il pouvait aussi bien s'employer au

(1) Devill. 2. 2. 182.
(2) *Suprà*, n° 1542.

cas où ce serait un clerc qui tiendrait la plume, ainsi que cela se pratiquait en plusieurs lieux avant l'ordonnance de 1735; que le mot « dicter » était donc insuffisant pour peindre l'opération du notaire qui écrit, et que le Code l'avait si bien senti, qu'il ne s'était pas contenté de dire que le testament serait « dicté par le testateur, » mais qu'il avait ajouté qu'il serait « écrit par le notaire. »

M. Merlin ajoutait un autre motif très-grave : c'est que si on eût attaqué le notaire pour faux, en supposant que ce ne fût pas lui qui eût écrit le testament, il eût été impossible de le condamner par cela seul qu'il avait énoncé que le testament lui avait été dicté; qu'aucun juge n'aurait pu voir dans cette énonciation l'allégation d'avoir écrit le testament; qu'ainsi ce qui n'était et ne pouvait être constant aux yeux de juges criminels, n'était et ne pouvait être constant aux yeux de juges civils.

Le sieur Duchâtenet eut beau dire que l'écriture n'était pas contestée, qu'il était imposible qu'aucun autre que le notaire l'eût écrit, la cour n'en maintint pas moins l'arrêt de la cour de Paris qui cassait le testament.

Cette décision, fameuse par les principes qu'elle consacre implicitement sur l'admission des équipollents, est devenue la règle des tribunaux. Nous avons vu les cours s'y conformer dans les arrêts que nous avons cités ci-dessus (1). Il en résulte bien évi-

(1) Voy. nos 1542 et suiv. — *Junge* Liége, 11 thermidor an XII. Paris, 5 frimaire an XII (Devill., 1, 2, 208, 165). Bruxelles, 28 nivôse an XII (Devill., 1, 2, 175).

demment qu'on ne doit admettre comme équipollents que les mots parfaitement synonymes et tels, comme le dit Ricard (1), « qu'il ne s'y puisse figurer » quelque différence. »

1548. On a mis en question s'il fallait que le notaire mentionnât, non-seulement qu'il a écrit le testament, mais encore qu'il l'a écrit tel qu'il lui a été dicté. La cour de Turin a jugé pour la négative par un arrêt du 16 avril 1806 (2), qui nous paraît excellent, et qui a été suivi d'autres arrêts rendus dans le même sens par plusieurs cours. En effet, le collationnement qui se fait après la dictée et avant la signature, prouve, lorsqu'il n'y a pas de réclamations de la part du testateur et des témoins, que ce qui a été écrit est conforme à ce qui a été dicté. On remarquera d'ailleurs que l'art. 972 n'ajoute pas les mots « tel qu'il est dicté, » en parlant du testament reçu par un seul notaire, et qu'il ne s'en sert que lorsqu'il parle du testament reçu par deux de ces officiers. Pourquoi cette différence entre deux cas qui sont absolument les mêmes? C'est que ces mots ne sont qu'un conseil surabondant donné au notaire. Car s'il écrivait autre chose que ce qui lui a été dicté, le testateur ne manquerait pas d'élever ses plaintes, et refuserait de signer aussi bien que les témoins.

On objectera peut-être que le mot « également, » qui se trouve dans la partie de l'art. 972 relative au testament reçu par un seul notaire, lui rend com-

(1) P. I, n° 1502 *et seq.*
(2) Devill., 2, 2, 134.

munes les circonstances exigées dans le texte qui précède. Mais ce serait donner trop d'extension au mot « également, » qui ne sert ici qu'à lier deux membres de phrase qui ont entre eux beaucoup d'analogie par l'idée qu'ils expriment.

1549. Notre article ne fixe aucun lieu précis pour placer la mention de l'écriture faite par le notaire, et le bon sens enseigne que cette mention peut se trouver indifféremment à la fin, au commencement ou au milieu de l'acte. Cependant, quand on voit que la cour de cassation a été obligée de rendre un arrêt pour consacrer une chose si claire, et cependant méconnue par des héritiers *ab intestat* (1), on ne peut s'empêcher de gémir sur les détours et les funestes cavillations employés par la chicane pour égarer de malheureux plaideurs. Ricard nous apprend, cependant, que la même prétention s'était élevée de son temps (2), et qu'elle fut repoussée par plusieurs arrêts.

1550. Occupons-nous de la mention de la lecture au testateur en présence des témoins. Nous avons dit (3), que les témoins doivent être présents à la lecture donnée au testateur par le notaire. Notre article exige qu'il en soit fait mention expresse. Cette mention doit donc contenir deux choses : 1° la lecture au testateur ; 2° la présence des témoins à cette lecture.

(1) 26 juillet 1808 (Devill., 2, 1, 558). Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, col. 2, n° 5, p. 618.

(2) Part. 1, n° 1518.

(3) N° 1533.

Les tribunaux se sont montrés aussi sévères sur l'exécution de cette disposition que sur les autres formalités dont nous avons rendu compte précédemment.

1551. D'abord, il ne suffirait pas que le notaire énonçât qu'il a fait lecture de l'acte ; il faudrait qu'il ajoutât qu'il l'a lu au testateur ; ce qui pourrait sans difficulté se faire par équipollents, comme s'il était dit, « après lecture, le testateur a déclaré qu'il persistait. » De l'ensemble de la phrase, il résulte bien clairement que c'est en conséquence de la lecture que le testateur a persisté, et que c'est donc à lui que la lecture a été faite (1).

L'ordonnance de 1735 n'était pas aussi exigeante. Le mot « lu » suffisait seul pour justifier de l'accomplissement de la formalité (2). Cependant d'Aguesseau avait émis l'opinion, par sa lettre du 30 décembre 1742 (3), qu'il fallait exprimer, même sous cette ordonnance, que c'était au testateur que la lecture s'adressait. Le Code a adopté cet avis; il exige qu'il « soit donné lecture au testateur » et qu'il en soit fait mention expresse (4).

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 369, col. 1 et 2.

(2) Ainsi qu'il a été jugé par plusieurs arrêts rapportés par Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 1, p. 630 *et seq.*, et encore, Add., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 11 et suiv., p. 397 et suiv., et aux Questions de droit, v° *Testament*, § 10.

(3) T. IX, p. 477.

(4) Turin, 30 frimaire an XIV (Devill., 2, 2, 101). Aix, 11 mai 1807 (Devill., 2, 2, 241).

Cet arrêt juge que la mention que le testament a été « *lu*

1552. Il faut, en outre, que les témoins soient présents à cette lecture et que l'acte le mentionne, à moins que cette présence ne résulte nécessairement du contexte de l'acte (1). Toute équivoque sur ce point serait très-préjudiciable à la validité du testament. Car dans le doute on doit se décider pour le parti le plus favorable à l'héritier du sang (2).

Un grand nombre d'exemples attestent la vérité de ce que nous venons de dire.

La cour de Bruxelles a décidé, par un arrêt du 18 ventôse an XIII (3), que, de ce que les témoins ont été présents à la confection du testament et à l'interpellation de signer cet acte, de ce qu'en outre il était constant qu'ils avaient signé immédiatement après la lecture, il ne s'ensuivait pas qu'ils eussent assisté à la lecture, si le testament ne le disait pas; qu'on ne pouvait suppléer par des inductions à la mention expresse qu'exige l'art. 972. On se pourvut contre cet arrêt ; mais le pourvoi fut rejeté par arrêt

dans l'appartement et à côté du lit du testateur, » n'équipolle pas à la mention : « lu au testateur. » Car il serait possible que le testateur fût hors de son lit et sorti de l'appartement. Mais dire : « lu en présence du testateur, » c'est un équipollent qui suffit; car, d'après la loi 209, D. *De verb. signif.*, on ne peut être censé faire quelque chose en présence de quelqu'un qu'autant qu'on le fait, « *eo sciente et intelligente.* » (Répert., XVII, p. 708, col. 2, quest. 4.) Bruxelles, 18 juillet 1807 (Devill., 2, 2, 280).

(1) Cassat., 7 décembre 1846 (Devill., 47, 1, 171. *Palais*, 1846, t. II, p. 765).

(2) Voy. *Suprà*, n° 1512.

(3) Devill., 2, 2, 32.

du 19 frimaire an XIV, rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin (1).

On disait qu'il n'était pas à présumer que les témoins se fussent retirés pendant la lecture; que leur présence à l'entière rédaction du corps du testament étant constatée, ainsi que leur signature, il s'ensuivait que la lecture ayant eu lieu entre la dictée et la signature, il était vraisemblable qu'ils étaient aussi présents à cette opération.

Mais la cour décida, en termes formels, que la loi, exigeant une mention expresse, ne permettait pas que l'exécution des formalités fût présumée d'après le contexte général du testament, sur des périphrases étrangères à la formalité de la lecture; qu'on ne doit admettre d'expressions équivalentes que celles qui sont synonymes et identiques avec celles exigées par la loi.

Le testament du sieur Davonneau, après avoir mentionné la lecture au testateur, finissait par ces mots : « fait et passé en la chambre en présence de** témoins; » la cour de cassation décida que ce membre de phrase étant séparé de celui où il était question de la lecture, ne pouvait s'y rapporter; en conséquence, elle cassa pour défaut de mention de la lecture en présence des témoins, l'arrêt qui avait validé le testament (2).

(1) Devill., 2, 1, 191. Voy. aussi Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 639 *et seq.*

(2) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 641 et seq. On trouve aussi cet arrêt, qui est du 23 mai 1810, dans Devill., 3, 1, 187.

1553. Voici une espèce devenue fameuse, et qui ne cesse d'être citée dans les tribunaux. La dame Franqueville fait son testament par acte public, et le notaire le termine par les paroles suivantes : « Le présent testament ainsi dicté par la testatrice à nous, notaire, qui l'avons écrit de notre main en présence de ***, témoins à ce appelés, auxquels lecture en a été donnée, ainsi qu'à la dame testatrice, et ont, avec ladite dame et nous dit notaire, signé après lecture faite. » On attaqua le testament de nullité, sous prétexte qu'il ne résultait pas que la lecture faite aux témoins, l'eût été en présence de la testatrice. La cour de Caen déclara le testament bon et valable. Mais on se pourvut en cassation, et l'arrêt de la cour de Caen fut cassé par un arrêt du 24 juin 1811, rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin (1).

Ce magistrat fit remarquer que, quoiqu'il n'y eût de difficulté que sur le point de fait, néanmoins ce point n'était pas de ceux que la loi abandonne absolument à la conscience des magistrats; car elle leur trace, pour le résoudre, une règle dont ils ne peuvent s'écarter sans exposer leurs arrêts à cassation. « Il » sera, dit-elle, fait mention expresse du tout (2). »

Entrant ensuite dans le fond de la cause, M. Merlin dit que le législateur exigeant une mention expresse, le but ne peut être rempli, si, pour équipoller à cette mention, on n'administre que des pré-

(1) Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 644 et suiv., Voy. aussi Sirey (Devill., 3, 1, 366).

(2) *Loc. cit.*, alinéas 4 et 5.

somptions ou des preuves morales, quelque spécieuses, quelque fortes qu'elles soient. Il faut, ajoute-t-il, une preuve authentique, irréfragable, et telle que l'inscription de faux puisse seule l'atténuer.

Les mots « lu aux témoins ainsi qu'à la testatrice, » ne veulent pas dire nécessairement que la lecture a été faite aux témoins en même temps qu'à la testatrice; rien ne prouve qu'il y a eu simultanéité, si ce n'est des vraisemblances et des présomptions qu'on peut repousser par d'autres vraisemblances et d'autres présomptions. Sous le droit romain, où le testament devait être fait *uno contextu*, rien n'empêchait que le testateur et les témoins ne se séparassent quelques instants pour satisfaire aux besoins naturels qui leur survenaient (1). Ce cas peut n'être pas très-rare, puisqu'une loi s'est crue obligée à le prévoir. Qui prouvera que, dans l'espèce, un ou plusieurs des témoins ne sont pas sortis pendant la lecture au testateur? Le testament ne justifie pas le contraire; car « lu aux témoins ainsi qu'au testateur, » peut très-bien et très-naturellement s'appliquer à deux lectures séparées.

(1) L. 28, C., *De testam.* : « *Si quid autem necessarium* » *invenerit, et ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id* » *est vel victûs necessarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis* » *datio, vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris pe-* » *riclitetur, vel si quis necessarius usus naturæ ad depositionem* » *superflui ponderis immineat, vel testatori, vel testibus : non* » *esse ex hâc causâ testamentum subvertendum, licet morbus* » *comitialis, (quod et factum esse comperimus) uni ex testibus* » *contigerit : sed eo quod urget, et immineat, repleto, vel deposito,* » *iterùm solita per testamenti factionem adimpleri.* »

Si un historien disait : « Louis XIV a conquis l'Ar-
» tois, la Flandre, l'Alsace, ainsi que la Franche-
» Comté, auxquelles il a donné des lois, » pourrait-
en raisonnablement lui reprocher d'avoir dit que
tout cela s'est fait le même jour et en même temps?

M. Merlin pensa donc qu'il n'y avait rien dans le testament qui pût tenir lieu de la mention expresse. Car ce qui laisse du doute n'est pas exprès. L'arrêt du 24 juin 1811 (1) consacra ces principes par ce considérant :

« Attendu que la clause rédigée dans cette forme
» présente aussi bien l'idée d'une lecture séparée
» faite aux témoins, que celle d'une lecture simul-
» tanée faite en présence des uns et des autres, d'où
» il suit que la mention expresse de la lecture en
» présence des témoins et de la testatrice, impérieu-
» sement exigée par la loi, ne se trouve pas dans la
» clause dudit testament, etc. (2). »

1554. M. Toullier (3) trouve cette jurisprudence déraisonnable; il avance qu'elle avait occasionné une telle incertitude sur le sort des testaments, que les jurisconsultes se voyaient obligés de conseiller par prudence aux personnes sachant écrire de joindre un testament olographe à leur testament authentique; il s'étonne que la cour de cassation, en élevant l'édifice de cette jurisprudence aussi rigoureuse

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 647, col. 1 et 2.

(2) *Junge* Limoges, 8 juillet 1806 (Devill., 2, 2, 412). Cassat., 6 mai 1812 (Devill, 4, 1, 97).

(3) T. V, n° 428, p. 404.

que subtile, ait oublié le grand principe contenu dans l'article 1157 du Code Napoléon, et dans la loi 12, D., *De reb. dubiis*. « Lorsqu'une clause est sus-
» ceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre
» dans celui avec lequel elle peut avoir quelqu'effet
» que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait
» produire aucun. » Il ajoute, enfin, que l'excès de la déraison finit par ramener les esprits aux véritables règles d'interprétation ; que les cours impériales osèrent rejeter des maximes absurdes, et que la cour de cassation elle-même donna l'exemple d'une juste impartialité en réformant son ancienne jurisprudence pour en revenir aux vrais principes. De là cet auteur conclut qu'il ne faut plus s'arrêter aux arrêts antérieurs à cette réforme, et notamment à l'arrêt du 24 juin 1811.

Nous ne conseillerions pas aux notaires de croire sur parole ces observations de M. Toullier. Il nous semble que la jurisprudence n'a pas cessé de maintenir dans les arrêts la sévérité de la loi, et qu'il y aurait de grands périls à redouter pour les testaments qui s'écarteraient des formalités requises avec tant de scrupule dans cette matière exceptionnelle.

Ensuite, nous remarquerons que M. Toullier donne aux jurisconsultes une fausse boussole en leur conseillant de prendre pour guide l'art. 1157 du Code Napoléon. Nous savons bien que cet article, quoique placé sous la rubrique « de l'interprétation des conventions, » s'applique aux testaments, et qu'il est tiré de la loi 12, du D. au titre *De rebus dubiis*, qui appar-

tient tout entier aux matières testamentaires. Mais quand s'y applique-t-il? C'est lorsque l'acte étant régulier dans la forme, il ne s'agit que de savoir ce qu'a voulu le testateur. Mais lorsque le doute tombe sur la régularité du testament, sur l'observation des formalités où la loi a voulu que tout fut exprès (1), c'est en faveur de l'héritier *ab intestat* et contre l'existence du testament qu'il faut se décider, parce que l'incertitude et le doute sont exclusifs d'une observation expresse de la loi (2). C'est le cas de dire avec Cicéron : *Dubitatio cogitationem significat injuriæ* (3).

(1) Texte de l'art. 972.

(2) Furgole, *Traité des testaments*, t. I, ch. 2, sect. 4, n° 8. « Néanmoins les lois n'ont pas voulu entièrement abandonner leur empire; car, en se montrant indulgentes en un point aux volontés des hommes, en leur donnant une espèce de puissance législative et la faculté de déroger à la loi publique sur les successions *ab intestat*, elles ont voulu les tenir assujettis en un autre point, en prescrivant des bornes à cette puissance et en leur imposant des conditions et des formalités auxquelles elles les ont indispensablement attachés. De là ont pris leur origine toutes les solennités que les lois ont prescrites, desquelles elles veulent que les testaments soient revêtus à peine de nullité. » Voy. aussi Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 1, p. 616. *Junge* Mantica, *De conject. ultim. volunt.*, lib. 2, t. XV, n°s 13 et 14.

« ... *Si testator legum solemnitatem contempsit, habet quod sibi imputet, si testamentum nullius sit momenti.* »

« ... *Testamentum non debet favorabiliter sustineri, si probabiliter posset dubitari an defunctus voluerit testari.* »

(3) *De officiis*, 1, 30.

Quant à ce que dit M. Toullier des résultats fâcheux de la jurisprudence de la cour de cassation et du trouble qu'elle avait jeté dans l'esprit des testateurs, je ne puis concevoir que cet effet ait été le produit d'arrêts qui resserraient autant que possible le champ des interprétations arbitraires, et maintenaient l'exacte application de la loi. Est-il donc d'ailleurs si difficile à un notaire, tant soit peu exact, de mentionner trois formalités aussi simples que la dictée par le testateur, l'écriture par le notaire et la lecture en présence des témoins? Ne semblerait-il pas, à entendre M. Toullier et les prétendus jurisconsultes dont il partage les appréhensions, qu'il s'agit d'une de ces opérations compliquées et ardues, que Loiseau appelle quelque part des *chefs-d'œuvre de justice?*

1555. Mais voyons s'il est vrai que la cour de cassation ait avoué, par la réformation de sa jurisprudence, qu'elle s'était d'abord trompée. M. Toullier se fonde, pour justifier son assertion, sur des arrêts des 24 janvier 1812 (1), 30 novembre 1813 (2), 28 novembre 1816 (3), 20 novembre 1817 (4).

Dans l'espèce du premier arrêt, la veuve Bolle avait fait un testament dont la clôture était ainsi conçue : « Ce fut ainsi fait et dicté par la testatrice en » présence des témoins, et écrit en entier par moi no-

(1) Dalloz, 1814, 1, 19, 26 (Devill., 4, 1, 12).
(2) Id., 1814, 1, 19 (Devill, 4, 1, 476).
(3) Devill., 5, 1, 254.
(4) Devill., 5, 1, 385.

» taire en présence d'iceux, lu et relu à la testa-
» trice, etc. »

On attaquait le testament pour défaut de mention de la lecture en présence des témoins. Mais les héritiers institués répondaient que les mots, « en présence d'iceux, » se rapportaient aux mots « lu et relu à la testatrice ; » qu'à la vérité, ils en étaient séparés par la ponctuation, mais qu'il était plus raisonnable et plus juste de supposer que le notaire eût fait une faute de ponctuation, que de supposer qu'il eût omis une formalité prescrite par la loi. Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 12 mars 1811, déclara le testament bon et valable. On se pourvut en cassation.

On voit que tout le procès consistait dans un point ou dans une virgule : en supprimant la virgule, ou seulement en mettant un point avant ces mots « en présence d'iceux, » on trouve la mention expresse voulue par la loi, et cela sans forcer le sens, sans admettre aucune conjecture ou vraisemblance, sans rien ajouter ou suppléer aux mots indicatifs de la présence des témoins. Dans un cas pareil, la cour pouvait-elle se dispenser de rejeter le pourvoi ? Et c'est ce qu'elle fit, en déclarant que la preuve de l'accomplissement des formalités ne pouvait pas dépendre de la ponctuation, et qu'il valait mieux adopter la ponctuation par laquelle la clause était valable (1).

(1) « La loi (disait M. D'Aguesseau dans une lettre au » procureur général du parlement de Grenoble) ne déter- » mine rien sur la forme des expressions. Elle ne s'attache » ni aux points, ni aux virgules. Elle ne s'occupe pas de la » situation grammaticale dans laquelle le notaire place le

Comment M. Toullier ne voit-il pas que c'est sans le secours d'aucune conjecture que le testament fut maintenu, qu'on ne fit que réformer une ponctuation vicieuse, de même qu'il est permis de corriger une faute d'orthographe dans une signature et de suppléer un chiffre omis dans une date, ainsi que nous l'avons dit plus haut (1). Tout ce qui est erreur de plume, *mendum*, ne tire point à conséquence, d'après Menochius et M. Toullier lui-même. Peut-on donc comparer cette espèce avec celles que nous avons précédemment analysées, et y voir un changement de jurisprudence? Voilà, cependant, l'arrêt que M. Toullier prétend avoir fait révolution, un de ces arrêts, dit-il, que Bacon appelle énergiquement *anchora legum!!* Certes, il nous paraît qu'une grande préoccupation influençait l'esprit du docte professeur de Rennes, lorsqu'il a cru trouver un appui de sa doctrine dans cette décision que, du reste, M. Merlin regarde comme si peu contraire aux arrêts précédents qu'il la rapporte dans son répertoire, immédiatement après l'arrêt du 24 juin 1811.

Mais, après tout, comment M. Toullier, qui rejette ce dernier arrêt, pourra-t-il concilier son arrêt favori du 21 janvier 1812 avec l'arrêt du 6 mai suivant,

» testateur pour exprimer ses intentions. L'inexactitude du « notaire ne suffit pas pour étendre la peine de nullité. La » loi n'écoute pas de vaines cavillations de mots, lorsqu'elle » trouve que ce qu'elle a voulu a été accompli : elle ne s'oc- » cupe que de la chose. » (T. IX, p. 477.)

(1) Nos 1484, 1490.

qui juge précisément la même chose que l'arrêt du 24 juin 1811, et qui est d'autant plus positif, qu'il casse un arrêt de la cour de Liége (1)? La comparaison de ces monuments de la sagesse de la cour suprême ne prouve-t-elle pas que cette cour n'a nullement voulu abandonner, le 21 janvier 1812, sa jurisprudence antérieure, puisque le 6 mai 1812, elle la confirme par un arrêt des plus décisifs (2)?

Un autre arrêt analogue se trouve également rapporté par M. Merlin : il ne s'agissait que d'une virgule (3), et de la place qu'on donnerait à cette virgule dépendait la mention expresse, abstraction faite de toute preuve morale, de toute vraisemblance puisée dans d'autres clauses. Ainsi, ce dernier arrêt ne forme pas un préjugé plus grand que celui du 21 janvier 1812.

1556. Le second arrêt rapporté par M. Toullier est du 30 novembre 1813. M. Merlin l'a consigné dans son Répertoire (4). En voici l'espèce : Chaulandard fait son testament devant un notaire qui le termine ainsi qu'il suit : « Lecture faite au testateur des dispositions ci-dessus, il a déclaré y persister, dont acte, fait et lu en présence des témoins appelés. » On demanda la cassation de ce testament, mais un arrêt de la cour de Grenoble, infirmatif d'un jugement

(1) Devill., 4, 1 97.

(2) M. Merlin trouve cet arrêt du 6 mai 1812 trop sévère, Répert., v° *Testament*, add. 17, sect. 2, § 3, art. 2, p. 711, col. 2.

(3) Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 648.

(4) *Loc. cit.*, p 649, col. 2.

de première instance, le déclara bon et valable. L'héritier *ab intestat* se pourvut en cassation, et le 30 novembre 1813, arrêt de la section civile qui décide que la mention de la lecture faite en présence des témoins, ne peut s'entendre que de la lecture que le notaire a dit avoir faite au testateur, et que la cour de Grenoble a bien jugé.

Cet arrêt, comme on le voit, apprécie la clause attaquée, non d'après des preuves morales et des présomptions, mais par l'interprétation grammaticale et rigoureusement juste des mots employés par le notaire. « Lire en présence de quelqu'un » laisse entendre que la personne en présence de qui la lecture se fait, n'est pas le but final de la lecture, mais qu'il y a une tierce personne à qui elle s'adresse plus particulièrement. Or, qui est cette tierce personne? Le notaire l'a déjà dit d'une manière explicite; c'est le testateur : « Lecture faite au testateur. » Voilà quelle était l'interprétation, la traduction littérale de la clause, et l'on ne pouvait en révoquer le sens en doute que par des subtilités et des équivoques réprouvées par la saine logique. Nous ne voyons donc pas ce que cet arrêt pourrait prouver en faveur du système embrassé par M. Toullier.

1557. L'arrêt du 29 novembre 1816 n'est pas plus concluant. La clause attaquée était absolument la même (1) que celle dont nous venons de parler,

(1) M. Merlin trouve aussi identité parfaite dans l'espèce de ces deux arrêts, dans son xvie vol. d'Add., p. 716, col. 1.

et si la cour de cassation eût été assez inconséquente pour admettre toutes les subtilités qu'on lui proposait dans le but d'y trouver du doute et de l'incertitude, il faudrait renoncer à se servir du français pour énoncer ses idées, et faire le procès à une langue si amphibologique.

1558. Enfin, le dernier arrêt du 20 novembre 1817 ne peut pas être d'un plus grand secours à M. Toullier. Le testament du sieur Delaporte reçu, à ce qu'il paraît, par un notaire peu expérimenté, était terminé ainsi : « Ce fut ainsi dit, dicté et nommé » par le testateur à nous dit notaire, aussi même en » présence des témoins, ce qu'il a déclaré bien en» tendre et bien comprendre. »

« Fait et passé en présence de... témoins qui ont » signé, et à l'égard dudit testateur, il a déclaré ne » savoir signer de ce interpellé, après lecture faite » au dit testateur, qui a dit bien entendre et bien » comprendre. »

Avec un peu d'attention, on voit que le testament a été dicté, écrit, entendu et approuvé par le testateur en présence des témoins. Dans le premier alinéa le testateur dit, « en présence des témoins, bien entendre; » donc, on le lui lisait en présence des témoins. Nous défions le plus subtil logicien de contester cette conséquence, d'autant plus que le verbe « bien entendre » est au présent, et qu'il exclut le doute que le temps « avoir bien entendu » aurait pu faire naître sur la présence des témoins à la lecture; car ils auraient pu assister à la déclaration du testateur d'avoir bien entendu, sans avoir été présents à la

lecture. Au lieu que l'emploi du temps présent prouve unité de temps dans la lecture et la déclaration d'entendre, et justifie que ces deux choses font partie d'une seule et même opération dont les témoins ont été spectateurs. D'ailleurs le mot « fait, » qui se trouve répété au second alinéa, s'applique à toutes les opérations qui ont précédé, par conséquent, à celle par laquelle le testateur a entendu le testament.

La cour de cassation a donc jugé qu'il résultait de la contexture du testament dont il s'agissait, « qu'il avait été dicté, écrit, entendu et approuvé » par le testateur en présence des témoins, et qu'il » avait été fait mention de cette double formalité. » Aux yeux de tout homme juste, elle ne pouvait pas juger autrement (1).

1559. C'est donc en vain que M. Toullier a entrepris de renverser l'édifice régulier d'une jurisprudence dont le but est de tenir la main à l'exécution des dispositions du Code sur les solennités des testaments. C'est en vain que, pour mieux le saper, il a essayé d'établir des variations qui n'existent pas. Bossuet, voulant prouver que la réforme n'était qu'une religion d'erreur, fruit des impostures humaines, mit au grand jour toutes les variations qui attestaient son existence vacillante. Mais Bossuet prouva ce qu'il avançait, avec une logique que son

(1) M. Merlin donne à peu près le même commentaire de cet arrêt, et il soutient la même doctrine dans son supplément, Répert., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 2, p. 712, col. 2 et suiv.

éloquence rendait encore plus pénétrante. M. Toullier a voulu se servir de la même arme ; mais elle s'est émoussée entre ses mains, et ses efforts inutiles prouvent de plus en plus qu'une jurisprudence si constante que celle qui dirige la cour de cassation, doit prévaloir sur un système qui ne s'appuie que sur les fausses lueurs d'une apparente équité.

1560. En résumé, la jurisprudence de la cour de cassation peut s'analyser ainsi :

1° Lorsqu'une clause ne dit pas expressément ce qu'exige la loi, il n'est pas permis d'avoir recours à des probabilités et à des vraisemblances, pour lui faire dire, dans un langage conjectural, ce qu'elle ne dit pas d'une manière catégorique.

2° Lorsqu'une clause dit ce qu'exige la loi, expressément ou par de véritables équipollents, et sans qu'il soit besoin de rien sous-entendre ni ajouter ou retrancher, et que, cependant, on peut lui faire dire autre chose en changeant la ponctuation, ou en maintenant une ponctuation vicieuse, ou en détournant le sens des expressions, il faut s'en tenir à la mention expresse qui fait valoir le testament (1).

1561. Le Code ne prescrit pas le lieu précis où la mention de la lecture doit se trouver. Il suffit qu'elle se trouve expressément dans la contexture du testament pour produire son effet. Mais il faut qu'elle se rapporte aux clauses qui précèdent et qui suivent, et à l'ensemble du testament.

1562. Sous l'ordonnance de 1735, on jugeait

(1) Cassat., 1er mars 1841 (Devill., 41, 1, 205).

qu'un testament nuncupatif écrit était nul dans toutes ses dispositions, par le défaut de lecture de celles que le testateur avait faites après la lecture qui lui avait été donnée des premières. Plusieurs arrêts de la cour de cassation ont décidé la même chose sous le Code Napoléon. En effet, la loi ne se contente pas de la lecture de quelques parties du testament, elle veut qu'il soit donné lecture du testament, et comme le testament est un tout indivisible, si une de ses parties n'a pas été lue, il est nul pour le tout (1).

1563. Il faut, cependant, faire une distinction fondée sur la loi 21, § 1, D., *Qui test. facere possunt* (2).

Si, lorsque le testament est déjà revêtu de toutes ses formalités, le testateur veut néanmoins expliquer une disposition un peu obscure, cette addition n'a besoin d'aucune solennité pour son effet, parce qu'en la faisant le testateur *nihil dat, sed datum significat.* Mais pour cela, il faut que cette explication soit telle que le juge eût pu la suppléer d'après les circonstances extrinsèques du testament (3).

Mais s'il s'agit d'une explication qui ajoute à la disposition, et lui donne une latitude ou des priviléges qu'elle ne peut tenir que de la volonté du tes-

(1) Le premier arrêt est du 19 avril 1809, le deuxième est de la même année; il y en a un troisième, du 4 novembre 1811, rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 660, 661 et 666, et encore Add., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 1, p. 699.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 175, n° 23.

(3) Merlin, Répert., *loc. cit.*, p. 665.

tateur, cette explication, qui est elle-même une véritable disposition, ne peut valoir qu'autant que l'on aura constaté la formalité de la lecture en présence des témoins, aussi bien que toutes les autres mentions requises par la loi, et si la mention de la lecture, dont nous nous occupons en ce moment, y manque, le testament est nul pour le tout (1).

1564. Du reste, lorsqu'il s'agit d'un renvoi qui se rapporte au corps du testament et qui y tient sa place par une relation nécessaire, la mention de la lecture se rapporte également aux renvois dont le texte a eu besoin, parce qu'en lisant tout l'acte, le notaire a dû nécessairement comprendre dans sa lecture les renvois qui en font partie intégrante (2).

1565. C'est ici le cas de parler de la question de savoir si toutes les mentions que nous venons d'énoncer doivent être constatées par le notaire, ou bien s'il suffit qu'elles se trouvent placées dans la bouche du testateur.

Il est certain que le notaire a seul qualité pour attester l'accomplissement des formalités requises par la loi pour la validité de l'instrument. C'est lui qui rend témoignage des solennités extérieures. Tel est le but de son ministère. Voilà pourquoi on l'appelle notaire instrumentaire. La loi du 25 ventôse an XI dispose que le notaire doit faire les mentions

(1) Merlin, Répert., *loc. cit.*, p. 665.

(2) Cassat., 3 août 1808 (Devill., 8, 1, 557). Voy. aussi Merlin, *loc. cit.*, p. 657, et encore Add., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 2, p. 718.

relatives à la signature (1); l'ordonnance de 1735, art. 5, disait de plus qu'à peine de nullité, le notaire devait rendre témoignage de l'accomplissement de la formalité de la lecture (2), et une déclaration du 16 mai 1763, interprétative de l'ordonnance de 1735, étendait cette disposition à toutes les mentions nécessaires pour la validité du testament, voulant qu'elles émanassent de la déclaration personnelle du notaire. Si le Code Napoléon n'a pas répété ces prescriptions, c'est qu'elles sont dans l'essence même des fonctions du notaire, et c'est lui-même qui doit constater les formalités, et non le testateur, qui dispose et dicte, mais reste étranger à la forme (3).

Cependant, il peut arriver que le notaire, par une rédaction incorrecte ou peu logique, mette dans la bouche du testateur les mentions qui consacrent l'observation des formalités. Mais il n'importe, pourvu que du testament il résulte que la déclaration mise dans la bouche du testateur n'est pas étrangère au notaire, ou, en d'autres termes, qu'il apparaisse sous cette forme sans précision, que cet officier public, garant nécessaire et virtuel de la vérité de tous les faits qu'il énonce comme siens, s'est rendu propre la mention émanée du disposant, attestant ainsi lui-

(1) Art. 14.

(2) Cassat., 12 novembre 1823 (Devill., 24, 1, 65).

(3) M. Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 691. Limoges, 22 juin 1813 (Devill., 14, 2, 268. *Palais*, 11, 485. Merlin, *loc. cit.*, p. 692). Bruxelles, 5 avril 1816 (M. Merlin, v° *Signature*, t. XVII, p. 693). Bruxelles, 16 mai 1821 (M. Merlin, v° *Testament*, t. XVII, p. 693).

même implicitement, mais nécessairement, ce qu'a attesté le testateur (1). C'est ainsi que se concilient des arrêts et des opinions que M. Merlin oppose les uns aux autres, et qui ne se contredisent, en réalité, que parce que l'interprétation donnée aux faits, d'après les circonstances, n'est pas la même.

1566. Lorsqu'un testament contient les mentions expresses requises par la loi, on ne peut être admis à prouver autre chose que ce qu'elles énoncent, sans inscription de faux. *Contrà scriptum testimonium non scriptum testimonium non admittitur*. Tout ce qui regarde la solennité extérieure, la nature de l'acte et des dispositions, est établi, prouvé, démontré par l'allégation du notaire, et non-seulement la loi n'exige pas d'autre preuve, mais encore elle la condamne (2). C'est ce qui faisait dire à Montvallon (3) : « Il est certain qu'on n'est point admis à prouver par témoins, » contre le contenu du testament, dans les faits qui sont » de l'office du notaire qui l'a reçu, et qui dépendent » de ce qu'il voyait et entendait lors de l'acte ; il n'y » a en ce cas que la voie de l'inscription de faux. »

La loi du 25 ventôse an XI déclare d'ailleurs, dans son article 19, que tous les actes notariés font foi en justice (4).

(1) Cassat., deux arrêts du 13 mai 1829, rejet (Devill., 9, 1, 290). Cassat., 2 août 1821, rejet (M. Merlin, Répert., t. XVII, p. 694. Dalloz, 1821, 1, 463). Turin, 29 décembre 1810 (Devill., 3, 2, 381. Merlin, t. XVII, p. 691).

(2) D'Aguesseau, 37e plaidoyer.

(3) *Traité des successions*, t. I, p. 467.

(4) Voy., au surplus, un arrêt de la cour de cassation, du 19 décembre 1810, qui le juge ainsi (Devill., 3, 1, 275).

1567. Il est vrai que la voie de l'inscription de faux est périlleuse; car les témoins qui ont signé le testament sont rarement disposés à déposer contre la teneur des actes auxquels ils ont coopéré. On a même douté qu'ils pussent être admis à donner témoignage, et beaucoup d'anciens arrêts ont décidé la négative. Mais aujourd'hui, il est certain qu'ils peuvent déposer contre l'acte dont ils ont été les témoins instrumentaires, et dès avant le code d'instruction criminelle, le savant président Favre l'avait consigné dans son Code (1). « *Debet plus credi notario* » *et publico instrumento quàm testibus instrumentariis* » *adversus notarii et instrumenti fidem testificantibus*, » *quamdiù instrumenti fides solemni accusatione falsi non* » *labefactatur. Sed post institutam accusationem solem-* » *nemque inscriptionem, cùm vix nisi per testes falsitas* » *probari possit, magis est ut testibus instrumentariis* » *quàm notario vel instrumento credatur, si vel omnes* » *majori ex parte ab instrumenti scripturâ dissen-* » *tiant* (2). »

Aussi, la cour de cassation a-t-elle décidé, le 12 juillet 1825, au rapport de M. Piet et sur les conclusions conformes de M. l'avocat général de Marchangy, que les témoins instrumentaires peuvent être entendus sur la vérité des énonciations contenues dans l'acte argué de faux (3).

(1) T. IV, *Ad leg. Cornel., De falsis*, déf. 3.

(2) Toullier, t. V, n° 412, p. 382. Voy. aussi Merlin, Répert, v° *Témoin instrumentaire*, § 2. p. 405, vol. 2.

(3) Devill., 8. 1, 152. Outre cet arrêt, on peut encore en citer d'autres : ainsi un arrêt de cassation, du 23 novembre

1568. Lorsque la preuve du faux ne résulte que des déclarations seules des témoins instrumentaires, on ne doit pas, sans de graves motifs, annuler le testament. Car les témoins se trouvent en quelque sorte en contradiction avec eux-mêmes, et il faudrait que leur déposition à l'enquête fût empreinte de grands signes de vérité pour l'emporter sur ce qu'ils ont attesté dans un acte public. Mais il m'est impossible de partager l'opinion de M. Merlin, qui veut que, dans aucun cas, ces dépositions ne puissent nuire au testament.

En effet, dit-il, lorsqu'il n'y a pas d'autres graves présomptions résultant des circonstances de la cause, quoiqu'il soit possible que les dépositions judiciaires par lesquelles des témoins instrumentaires rétractent ce qu'ils ont certifié par leur signature dans le testament, ne soient de leur part qu'un hommage franchement rendu à la vérité, néanmoins aussi, il est possible qu'elles soient l'effet de la surprise et de la subornation. Et dans l'incertitude, que peut faire le juge? rejeter ces dépositions. Car ces hommes ne peuvent pas inspirer une confiance entière à la justice, qui s'accusent devant elle de s'être rendus complices d'un faux.

1812 (Devill., 4, 1, 230) ; un arrêt de Nancy du 24 juillet 1833 (Devill., 35, 2, 9). et un arrêt de cassat. du 12 août 1834 (Devill., 35, 1, 202). L'objection qui fut repoussée par ces divers arrêts était tirée de l'art. 283 du Code de procédure civile. On voulait assimiler les témoins instrumentaires à ceux qui ont donné des certificats sur les faits à l'egard desquels on invoque leur témoignage.

Mais cette doctrine serait fatale et pernicieuse. Elle est contraire au bon sens. Il est possible qu'un témoin instrumentaire ait légèrement attesté une chose dans un acte où il n'était qu'assistant. Mais lorsque son caractère le fait supposer incapable d'un mensonge, rejettera-t-on pour cela la déposition solennelle et assermentée qu'il fera en présence de la justice? Autre chose est déposer en justice sous la foi du serment, autre chose certifier dans un acte l'observation de certaines formalités dont on n'aperçoit pas toujours l'importance. C'est au juge à apprécier le caractère du témoin, son degré de crédibilité, et de voir s'il agit par impulsion subornative, ou pour rendre hommage à la vérité.

L'arrêt de la cour de cassation du 17 décembre 1818, que cite M. Merlin à l'appui de son opinion, ne prouve rien, puisqu'il est fondé sur l'appréciation des faits qu'il est dans l'arbitrage du juge d'admettre comme certains ou de rejeter.

1569. Maintenant, nous allons nous occuper des formalités prescrites par la loi sur le notariat, qui ne se trouvent pas dans le Code Napoléon. Les articles suivants achèveront de compléter les dispositions de ce Code sur les solennités des testaments nuncupatifs écrits.

On avait d'abord pensé que la loi sur le notariat ne s'étendait pas aux dispositions testamentaires, depuis que le Code Napoléon s'était occupé de les régler. Mais ce système, parfaitement réfuté par

M. Merlin (1), a été proscrit dès son origine par un arrêt de la cour de cassation du 1er octobre 1810 (2).

L'article 12 de cette loi dit que tous les actes doivent énoncer le nom et le lieu de résidence du notaire qui les reçoit, à peine de 100 fr. d'amende contre le notaire contrevenant. Point de nullité, par conséquent, pour cette omission à laquelle on peut toujours suppléer, puisque le notaire tient ses pouvoirs d'une nomination déposée au greffe du tribunal de première instance où il a prêté serment (3).

1570. Le même article ajoute que les actes doivent également énoncer le nom des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous peine de nullité et de faux s'il y échoit. Voilà plusieurs formalités importantes, et dont il convient de se pénétrer :

1° Nom des témoins instrumentaires ;

2° Demeure des mêmes ;

3° Lieu où l'acte a été passé ;

4° Année et jour.

1571. On sent qu'il est de la dernière importance que l'acte fasse connaître le nom et la demeure des témoins, afin que l'on puisse s'assurer s'ils jouissent de la capacité exigée par la loi; et qu'il soit non-seulement daté de l'an et du jour, mais encore du lieu où il a été passé, pour qu'on puisse vérifier si le notaire pouvait instrumenter dans ce lieu.

(1) Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 667 et suiv.
(2) Devill., 3, 1, 237.
(3) N° 1520.

Comme l'ordonnance de Blois exigeait que le notaire indiquât non-seulement le lieu de la passation de l'acte, mais encore la maison où il était dressé, on a demandé si cette indication était également nécessaire sous la loi du 25 ventôse an XI.

M. Toullier avait d'abord embrassé l'affirmative (1), mais il s'est ensuite rétracté (2). Un arrêt de la cour de cassation, du 23 novembre 1825, a décidé que l'indication de la maison n'était pas nécessaire, et que l'énonciation « fait à Sauveterre, » etc., avait suffisamment rempli le vœu de la loi du 25 ventôse (3). Déjà la cour de cassation avait décidé cette question dans le même sens, par arrêt du 28 février 1816 (4).

1572. Quant à l'énonciation de la demeure des témoins, la jurisprudence a cherché à éviter les rigueurs dans lesquelles on voulait l'entraîner, en lui présentant l'asservissement aux mots et à la lettre comme une religieuse observation de l'esprit de la loi.

Aussi, voyons-nous que la cour de Paris a décidé, par un arrêt du 5 juillet 1824, que ces mots : « fait » en présence de MM... tous quatre de Sauveterre, » contenaient, d'après leurs qualités, une indication suffisante de leurs demeures, et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la cour suprême le 23 novembre 1825 (5).

(1) T. V, n° 453.
(2) T. VIII, n° 82.
(3) Dalloz, 1826, 1, 11.
(4) Dalloz, 1816, 1, 65.
(5) Dalloz, 1826, 1, 11.

C'est aussi ce qu'avait précédemment jugé, dans des espèces toutes semblables, la cour d'Aix par arrêt du 3 décembre 1812 (1), et la cour de cassation par arrêt du 28 février 1816 (2).

1573. Quant à la date de l'année et du jour, elle est nécessaire pour plusieurs motifs ; d'abord, dans le cas de plusieurs testaments, afin de savoir quel est celui qui déroge aux autres ; et ensuite afin de pouvoir constater la capacité du testateur, du notaire et des témoins, à l'époque où le testament a eu lieu.

L'erreur dans la date n'est pas toujours une cause absolue de nullité, et il en est de même pour le testament authentique que pour le testament olographe; il suffit que cette erreur puisse être réparée et rectifiée d'après les énonciations mêmes du testament, et d'après les faits qui se rattachent à ces énonciations. Ainsi, le testament qu'un individu décédé le dimanche, 10 octobre, à sept heures du matin, avait laissé à la date du samedi, 10 octobre, après midi, a pu, nonobstant l'énonciation inexacte du 10 octobre, être réputé avoir été fait le 9, qui était le samedi (3).

1574. On ne saurait voir une fausse date dans l'espèce suivante. Un testament avait été commencé le 4 décembre, à trois heures après-midi ; il fut interrompu à cinq heures par une défaillance du testateur;

(1) Devill., 4, 2, 207.

(2) Voy. Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, t. XVII, § 2, n° 3, p. 614, col. 2.

(3) Rouen, 23 juillet 1825 (Devill., 8, 2, 116).

on ne put le reprendre que le lendemain à trois heures du matin, et c'est seulement ce jour-là qu'il fut clos. Il y avait donc eu une interruption de force majeure. Néanmoins, le notaire avait daté l'acte du jour où il l'avait commencé, et non pas du jour où il l'avait fini. Était-ce un cas de nullité? Ne fallait-il pas appliquer ici cette règle générale que la date d'un acte est celle du jour où il a été commencé? La cour de Limoges, par arrêt du 14 décembre 1842, se prononça pour la validité de l'acte; aucun soupçon de fraude ne s'élevait, et la conscience du juge était rassurée sur la sincérité des dispositions testamentaires. Il eût été trop rigoureux de casser le testament parce qu'il ne portait pas une double date, d'autant que les deux parties de l'acte n'étaient pas séparées par un intervalle assez considérable pour qu'on ne pût pas les regarder comme faisant partie d'un seul tout (1).

1575. On s'est demandé si la surcharge de la date aurait pour effet d'entraîner la nullité de la date, et par suite du testament. Bien que l'art. 16 de la loi de ventôse prononce la nullité des mots surchargés dans les actes de notaire, cependant il a été jugé qu'une surcharge de date dans un testament authentique n'entraînerait point de nullité, si elle paraissait avoir été faite sans fraude, et n'avoir eu d'autre but que de rectifier une erreur matérielle échappée au notaire et rectifiée instantanément. La cour de

(1) Devill., 44, 2, 7.

Grenoble l'a décidé ainsi, le 22 février 1809 (1). Il y a aussi, dans le même sens, un arrêt de rejet de la cour de cassation du 21 mai 1838 (2).

1576. Quoique la loi sur le notariat soit, en général, applicable aux testaments, il y a un article qui ne peut concerner ce genre d'actes : c'est l'art. 68, où il est dit qu'un acte nul comme acte public vaut cependant comme acte sous signature privée, quand il est revêtu de la signature de toutes les parties. On ne peut tester sous signature privée que par testament olographe. Or, le testament olographe doit être écrit en entier par le testateur. Donc, si le testament ne vaut pas comme acte public, il ne peut valoir d'aucune autre manière.

1577. Le Code Napoléon ne dit pas non plus que le testament doit être signé par le notaire. Mais cette obligation est formellement imposée par l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI, à peine de nullité.

Est-il nécessaire que le notaire ne se contente pas de signer, mais qu'il fasse aussi mention qu'il a signé? Le même article de la loi précitée paraît l'exiger à peine de nullité (3). Mais un avis du conseil d'Etat (4), du 16 juin 1810, a décidé que cette mention n'était pas nécessaire, non-seulement pour les testaments, mais encore pour tous autres actes quelconques.

(1) Devill., 3, 2, 33.
(2) Devill., 38, 1, 397.
(3) Merlin, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 667.
(4) Voy. Merlin, Répert., v° *Signature*, § 3, art. 3, alinéa 5, p. 632.

Le testament doit être signé par le notaire en présence du testateur. Un arrêt de la cour de cassation, du 20 janvier 1840 (1), l'a ainsi décidé. Le testateur est l'unique auteur de l'acte contenant ses dernières volontés, et toutes les parties de cet acte doivent s'accomplir en sa présence.

ARTICLE 973.

Ce testament doit être signé par le testateur: s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

SOMMAIRE.

1578. De la signature du testateur.
1579. Peu importe que la signature soit du nom de baptême ou du nom de famille, du moment que l'identité est certaine.
1580. Il en est de même de l'irrégularité ou de l'omission de lettres dans le nom du testateur.
1581. La mention de la signature du testateur est nécessaire.
1582. Il n'en est pas de même de la mention de la signature du notaire.
1583. Est-il nécessaire que la mention de la signature soit mise à la fin de l'acte?
1584. De la mention expresse de la déclaration du testateur, qu'il n'est pas en état de signer, et de la cause qui l'empêche de signer.

(1) *Palais*, I, p. 201, 1840.

1585. La fausse déclaration faite à cet égard par le testateur vicierait le testament.

1586. *Secùs* de la contradiction apparente entre la mention que le testateur a signé, et l'énonciation mise à la suite, qu'il a déclaré ne pouvoir le faire à cause de sa faiblesse.

1587. Le notaire doit faire mention de cette déclaration du testateur, à peine de nullité ; il ne pourrait se borner à dire que le testateur n'a pas signé à cause de sa faiblesse.

1588. La mention expresse exigée par l'art. 973 peut être remplacée par des équipollents.

1589. Du reste, en cette matière, les questions sont des questions moins de principe que d'espèce.

1590. Si le testateur mourait avant d'avoir achevé de signer son nom, le testament serait nul, quand bien même le notaire aurait fait mention de la persévérance du testateur jusqu'au moment de sa mort.

1591. La mention de ne pouvoir signer doit-elle être lue au testateur en présence des témoins, conformément à l'art. 972 ? — Arrêt Picart.

COMMENTAIRE.

1578. Pour terminer et ratifier tout ce qui vient d'être fait, le testateur doit signer l'acte. C'est l'opération qui conclut toutes les solennités du testament. On parlera dans l'article suivant de la signature des témoins (1).

1579. On a élevé, pour les testaments publics, la même question que pour les testaments olographes,

(1) « Signez, Monsieur, signez, c'est le point nécessaire. » Vérité sérieuse sous une forme plaisante.

savoir : s'ils doivent être signés, à peine de nullité, du nom de famille du testateur (1). La signature sera valable si elle porte le nom, quel qu'il soit, qui a servi à identifier le testateur et à le distinguer des autres membres de sa famille et de ses concitoyens.

1580. Elle sera valable aussi, quoique mal formée, s'il est permis de retrouver en elle le nom du testateur (2), ou même si, étant incomplète par l'omission de quelques lettres, elle ne laisse pas de doute sur l'identité de la personne (3).

1581. Le notaire doit, de plus, faire mention que le testateur a signé. Cette formalité est exigée, à peine de nullité, par l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI, portant : « Les actes seront signés par les parties, les témoins et les notaires, qui doivent en faire mention à la fin de l'acte, » et par l'art. 68 qui prononce la peine de nullité.

La cour de Turin, faisant application de cet article, a décidé, par arrêt du 11 novembre 1811 (4), qu'une mention ainsi conçue : « Fait et lu audit testateur à haute et intelligible voix, en présence des témoins susdits et soussignés, » ne renferme pas la mention de la signature du testateur. En effet, le mot « soussignés » ne se rapporte qu'aux témoins, et nulle induction grammaticale ne peut l'étendre jusqu'au testateur (5).

(1) *Suprà*, nos 1494, 1495.
(2) *Suprà*, nos 1580 et suiv.
(3) *Infrà*, no 1587 *in fine*.
(4) Devill., 3, 2, 574 ; *Palais*, 9, 687.
(5) M. Toullier, t. V, p. 424, trouve cet arrêt trop sévère.

1582. Notez que ni la loi du 25 ventôse an XI, ni aucun arrêt n'exigent la mention de la signature du notaire (1). Sa signature fait foi parce qu'elle existe et se voit; elle n'a pas besoin d'être attestée (2).

1583. Il est clair que la signature doit être la dernière opération de l'acte, et qu'elle doit venir même après la date.

Mais est-il nécessaire que la mention de la signature soit mise à la fin de l'acte?

L'affirmative paraît résulter, au premier coup d'œil, de l'art. 14 de la loi sur le notariat, qui dit expressément que les actes seront signés par les parties, les témoins et les notaires qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. Elle paraît résulter encore de cette raison, à savoir: comment, avant que la signature du testament soit apposée, au commencement du testament, par exemple, le notaire peut-il mentionner d'avance et comme déjà exécuté, ce qui n'est que futur? Mais ce serait pousser trop loin la subtilité que de raisonner ainsi; ce serait créer une nullité que le Code n'a point prononcée. D'ailleurs, dans les différentes mentions qu'il a prescrites sur la forme des testaments, le Code n'a point indiqué la place de ces mentions, et il a été jugé plusieurs fois (3), notamment en ce qui concerne la mention de l'écriture, qu'elle pouvait indifféremment être

(1) Cassat., 11 mars 1812 (*Palais*, 10, 192).

(2) Riom, 17 novembre 1808 (Dalloz, t. V, n° 783). *Junge* avis du conseil d'État du 6 juin 1810.

(3) Cassat., 26 juillet 1808 (Devill., 2, 1, 558). Cassat., 18 octobre 1809 (Devill., 3, 1, 114).

placée dans le préambule ou dans la clôture du testament : il en doit être de même pour la mention de la signature. La jurisprudence n'a point été appelée à se prononcer sur cette question quant au testament par acte public ; mais elle a reconnu constamment, ainsi que nous le verrons dans le numéro suivant, que la mention que le testateur déclare ne pouvoir ou ne savoir signer, peut être placée au commencement ou dans le corps de l'acte. Or, entre ces deux points l'analogie est complète, et l'art. 14 *in fine* de la loi de ventôse met sur la même ligne et la mention de la signature et la mention de la déclaration de ne pouvoir signer.

On comprend, d'ailleurs, sans qu'il soit besoin d'insister davantage, qu'il importe peu, dans la réalité, que la mention de la signature soit placée dans le corps de l'acte ou à la fin, parce que le testateur, les témoins et le notaire, en signant l'acte lorsqu'il est terminé, attestent personnellement tout ce qui a été dit avant la clôture (1).

1584. Lorsque le testateur ne sait pas ou ne peut pas signer, le notaire doit faire mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui empêche de signer. Cette mention équivaut à la signature. Nous répétons ici, que le lieu et la place du testament où elle se trouve placée, sont indifférents. Le Code n'a point fixé de place sacramentelle, et par cela il a dérogé à la loi sur le notariat (2).

(1) Toullier, t. V, n° 434, p. 424.
(2) Dijon, 8 janvier 1811 (Devill., 3, 2, 391). Paris, 25 no-

1585. S'il arrivait que le testateur, sachant et pouvant signer, eût déclaré qu'il ne savait ou ne pouvait, cette fausse déclaration équivaudrait à un refus de signer et vicierait entièrement le testament. Il serait à croire que le disposant n'aurait dicté le testament que par violence et suggestion, et que, pour en empêcher l'effet, il a cherché un prétexte mensonger pour se dispenser de le ratifier par sa signature (1).

1586. Si, après la mention que le testateur a signé, il est dit qu'ayant essayé de le faire, il a déclaré ne le pouvoir à cause de sa maladie ou de sa faiblesse, la contradiction apparente de ces deux énonciations ne suffit pas pour annuler le testament. Il est dans l'ordre naturel que, lorsque le testateur annonce vouloir signer le testament, le notaire déclare qu'il a signé. Mais il est possible qu'au moment de signer, le testateur éprouve une impossibilité qu'il n'avait pas prévue; le notaire doit la constater, et le concours de ces deux faits n'a rien qui ne soit dans le cours ordinaire des choses et qui puisse porter atteinte au testament (2).

1587. Que si le testateur, après avoir dit qu'il vou-

vembre 1813 (Devill., 4, 2, 363). Cassat., 18 août 1817 (Devill., 5, 1, 367). Bordeaux, 17 juillet 1845 (Devill., 46, 2, 440, voy. la note). Merlin, Répert., v° *Signature*, p. 571 et suiv.

(1) Grenoble, 25 juillet 1810 (Devill., 3, 2, 313). Trèves, 18 novembre 1812 (Devill., 4. 2, 198).

(2) Cassat., 21 juillet 1806 (Devill., 2, 1, 268). Cassat., 18 juin 1816 (Devill., 5, 1, 206). Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 630, et Add., v° *Signature*, p. 571.

lait signer, ne le pouvait, et que sa main tremblante fût incapable de tracer des caractères lisibles, le notaire ne devrait pas se borner à dire que le testateur n'a pu signer, à cause du tremblement de sa main; il devrait, à peine de nullité, faire mention de la déclaration du testateur qu'il n'a pu signer, la loi ne voulant pas que ce soit le notaire qui déclare l'impossibilité et exigeant que cette déclaration soit mise dans la bouche du testateur. Cette opinion est consacrée par un arrêt de rejet de la cour de cassation (1).

Dira-t-on qu'il y a à cela beaucoup de sévérité, parce que l'effort du testateur, le tremblement de sa main et l'impuissance qui en résultent, sont des faits parlants qui disent tout ce qu'il faut dire? Mais il faut répondre que ces apparences extérieures ne sont pas suffisantes, pour qu'il soit certain que le testateur a persisté dans sa volonté au milieu de ses angoisses : il a pu éprouver de brusques changements, de complètes éclipses, et la connaissance peut n'avoir pas duré jusqu'au dernier moment, au milieu du trouble de son intelligence (2).

Dans l'espèce de l'arrêt rendu par la cour de cassation, le testateur n'avait pu tracer que les initiales de son nom avec des caractères illisibles et informes. Mais ne serait-il pas possible d'arriver à une solution moins rigoureuse, si, malgré la survenance du

(1) 25 avril 1825 (Dalloz, 25, 1, 278). *Junge* Bruxelles, 8 décembre 1810. Merlin, Répert., v° *Signature*, t. XVII, p. 559.

(2) Voy. *infrà*, n° 1591, un arrêt de la cour de Paris.

tremblement nerveux et maladif, le testateur parvenait à tracer un nombre de lettres suffisant pour qu'on puisse y trouver, au moins par équipollents, une signature suffisante? Par exemple, si le testateur nommé *Sengès* avait écrit *Seng?* J'inclinerais pour la validité du testament, pourvu que le corps d'écriture fût suffisamment net (1); ceci, du reste, dépend beaucoup des circonstances.

1588. La mention expresse exigée par notre article peut être remplacée par des équipollents, lorsqu'ils remplissent *identicè et æqualiter* le but de la loi. Si, par exemple, le testament constate que les témoins et le testateur n'ont pas signé parce qu'ils étaient illettrés, de ce enquis et requis, il y a mention suffisante que le testateur et les témoins ont déclaré ne savoir signer (2).

De même, la déclaration que le testateur ne sait signer remplit le vœu de la loi, qui exige que le testateur énonce la cause qui empêche le testateur de signer (3).

De même encore, lorsque le testament énonce l'obstacle qui a empêché le testateur de signer, et renferme une approbation formelle par le défunt de

(1) *Suprà*, n° 1580. Bordeaux, 5 mai 1828 (Devill., 9, 2, 75). Nancy, 1er mars 1831 (Devill., 31, 2, 182). *Contrà*, Caen, 11 décembre 1822. C'est l'arrêt qui a donné lieu à l'arrêt de cassat. du 25 avril 1825, même numéro.

(2) Cassat., 11 pluviôse an VII (M. Merlin donne à cet arrêt la date du 7 nivôse, Répert., v° *Signature*, t. XVII, p. 567).

(3) Liége, 24 novembre 1806 (Devill., 2, 2, 175).

la lecture qui lui a été faite, ces deux circonstances font pleinement présumer que le défunt a déclaré lui-même ne savoir ou ne pouvoir signer (1).

Enfin, un testament contient mention suffisante que le testateur a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer, lorsqu'il y a une clause ainsi conçue : « Et » la testatrice fait sa marque pour ne savoir écrire ni » signer, de ce enquise, suivant la loi (2). » En effet, on voit d'abord que le testateur a été interpellé par le notaire de signer. On voit qu'à cette question le testateur répond par l'apposition d'une marque ; ce qui est répondre par les faits qu'il ne sait pas signer. De plus, il est dit que cette marque a été mise pour ne savoir écrire ni signer. Cette clause du testament ne prouve-t-elle pas jusqu'à l'évidence que le testateur a déclaré ne savoir signer, et que l'apposition de la croix a été la suite de sa déclaration?

1589. Au surplus, nous n'en finirions pas si nous voulions examiner, pied à pied, tous les arrêts qui tantôt ont admis les équipollents et tantôt les ont rejetés. Tout cela est subordonné aux circonstances, aux impressions des juges, à la faveur des cas particuliers, à la propension des magistrats pour ou contre le testament. Les principes n'ont rien à voir dans ces conflits d'espèces ; ils ne sont pas contestés en eux-mêmes : seulement, dans l'appréciation

(1) Grenoble, 22 janvier 1810 (Devill., 3, 2, 191).

(2) Colmar, 13 novembre 1813 (M. Merlin, t. XVII, p. 568, col. 2). Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la cour de cassation du 11 juillet 1816 (Devill., 5, 1, 216).

des faits, il y a plus ou moins de rigueur, suivant la diversité des occasions (1). Tout ce que nous pouvons dire, c'est qu'il ne faut pas de rigueurs inutiles et que les tribunaux ont été quelquefois plus sévères observateurs de la loi, que la loi elle-même ne l'aurait voulu.

1590. Si après l'accomplissement de toutes les formalités exigées et au moment où le testateur prenait la plume pour signer, il venait à expirer avant d'avoir formé son nom, ou même sans l'achever suffisamment de manière à laisser un véritable seing, le testament serait nul, malgré ce que le notaire pourrait dire de la persévérance du testateur jusqu'au moment de sa mort. Car le notaire n'est pas juge de cette persévérance, et il n'est pas plus permis d'y croire, que de croire que le défunt n'a pas persévéré. Cette dernière opinion est même la seule admissible, puisqu'elle se trouve corroborée par le défaut de la signature requise par la loi, à peine de nullité. C'est ce qu'a jugé le Châtelet de Paris, en 1750 (2), et nous verrons au numéro suivant les motifs d'un arrêt qui confirment ces idées.

1591. Il reste à examiner un dernier point. La mention de ne pouvoir signer doit-elle être lue au

(1) Douai, 9 novembre 1809 (Devill., 3, 2, 144). Bruxelles, 8 décembre 1810 (Merlin, Répert., v° *Signature*, t. XVII, p. 569). Liége, 24 novembre 1806 (Devill., 2, 2, 175). Toulouse, 5 avril 1818 (Devill., 5, 2, 371).

(2) Merlin, Répert., v° *Signature*, p. 629.

testateur en présence des témoins, conformément à l'art. 972 du Code Napoléon? Ou bien l'art. 973 doit-il être isolé de l'art. 972?

Cette question s'est présentée devant la première chambre de la cour d'appel de Paris, sous ma présidence, dans l'espèce suivante (1).

Le testament d'un sieur A. Picart se terminait ainsi: « Et le testateur a signé avec lesdits quatre témoins et le notaire, après une lecture entière des présentes et nouvelles. »

» Ici le testateur ayant déclaré qu'il pourrait encore signer audit notaire en présence des quatre témoins a fait d'inutiles efforts pour y arriver, et à leur vu, enfin, a déclaré que l'état de faiblesse et de fièvre où il était en ce moment l'empêchait absolument de pouvoir signer, de ce interpellé par ledit notaire en présence desdits quatre témoins; quant auxdits quatre témoins et au notaire, ils ont tous signé après une nouvelle et entière lecture de tout ce qui précède. »

Ce testament fut attaqué par la veuve du testateur qui soutenait qu'en droit, il y avait nullité dans l'acte, en ce que le notaire n'avait pas mentionné avoir donné lecture au testateur, en présence des témoins, de la déclaration relative à l'impossibilité de signer ses dispositions.

Le tribunal de Sainte-Menehould rejeta la demande en nullité; mais sur l'appel, la cour de Paris rendit l'arrêt suivant :

(1) 14 juillet 1851 (*J. Palais*, 1851, 2, 193).

« La cour,

» Considérant, que le testament du 3 décembre 1848 ne constate pas qu'il a été donné lecture au testateur, en présence des témoins, de la déclaration par lui faite que son état de fièvre et de faiblesse l'empêchait de signer l'acte;

» Que d'un autre côté, il résulte des faits de la cause, qu'après d'inutiles efforts pour signer, le testateur est tombé en syncope, que son état s'est aggravé, et qu'il est mort quelques heures après;

» Que c'est surtout lorsqu'il s'agit d'un testament *in extremis*, qu'il convient de se conformer scrupuleusement aux formalités édictées par la sagesse du législateur dans le but de prévenir les erreurs ou les surprises, et de donner à la société et aux familles une preuve solennelle de la plénitude de volonté du disposant;

» Considérant que l'article 973 du Code Napoléon n'a pas cru devoir s'en rapporter au témoignage du notaire seul pour expliquer l'absence de la signature du testateur; qu'il a expressément voulu que ce soit le testateur lui-même qui déclare qu'il ne sait ou ne peut signer;

» Qu'il serait possible, en effet, que le notaire fût trompé par les apparences, et qu'il attribuât à une impossibilité purement physique, ce qui serait la conséquence d'un défaut de volonté;

» Que, dans les moments qui touchent à l'agonie, et lorsque l'état du malade subit de brusques changements, l'intelligence peut à chaque instant s'éteindre, et la connaissance cesser de persister;

» Qu'il est certain, en droit, que si le malade vient à être abandonné par ses facultés mentales avant de signer, le testament reste imparfait;

» Que c'est pour s'assurer de la persistance de la volonté jusqu'à la fin de l'acte, que l'article 973 a établi que ce serait le disposant lui-même qui déclarerait que, s'il ne signe pas, c'est seulement parce qu'il ne peut pas accomplir cette formalité matérielle;

» Que cette déclaration est nécessaire pour imprimer à ses dernières dispositions le sceau de la certitude;

» Considérant que, dans la matière des testaments, différente sous ce rapport de la matière des contrats, les déclarations du testateur ne font foi qu'autant qu'elles lui ont été lues par le notaire en présence des témoins, et qu'il ne les a pas contredites;

» Que cette épreuve a été jugée indispensable par l'article 972, pour préserver la rédaction de toute méprise et mettre l'autorité du testament au-dessus de tous les doutes;

» Qu'il n'y a pas d'exception à cette règle pour la déclaration du testateur de ne pouvoir signer; que cette déclaration fait partie du testament; qu'elle est le dernier mot du testateur et la confirmation persévérante et définitive de tout ce qu'il a voulu; qu'il est de la plus haute importance que l'acte établisse, par une preuve irrécusable, que le notaire n'a pas été trompé par les paroles incertaines et mal articulées d'un malade qui balbutie en pré-

sence de la mort; *balbutiens et linguæ seminecis*, comme dit la loi romaine;

» Que vainement voudrait-on arriver à une conclusion contraire, en isolant l'article 973 de l'article 972; mais que ces deux articles doivent s'interpréter l'un par l'autre, non-seulement parce que telle est la règle générale de l'interprétation des lois (L., 24, D., *De legibus*); mais encore parce qu'ils se lient ensemble par leur objet et par leur relation à un même ordre de formalités;

» Que, d'une part, l'article 973 exige que la déclaration de ne pouvoir signer soit mentionnée dans l'acte;

» Que, d'autre part, cet acte étant un testament, c'est-à-dire un acte *sui generis*, et qui a des caractères spéciaux, n'est valable, d'après l'article 972, qu'autant que son contenu a été lu au testateur, en présence de témoins; qu'il est clair, dès lors, que l'article 973 n'avait pas besoin de parler de nouveau de la lecture; que c'eût été une répétition inutile; que, puisque la déclaration de ne pouvoir signer doit sortir de la bouche du testateur, et qu'elle fait partie de la dictée, elle doit aussi subir le contrôle de la lecture, d'après l'article 972, auquel l'article 973 se rattache étroitement et nécessairement, par son renvoi à l'acte même dont l'article 972 a tracé les formalités substantielles;

» Qu'ainsi, la lettre et l'esprit de la loi sont d'accord pour établir que le testament de Jean-Ambroise Picart manque d'une des formalités édictées à peine

de nullité, par les articles 972, 973 et 1001 du Code Napoléon; etc.

» Met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, au principal déclare nul (1)... »

Cet arrêt, dont je suis le rédacteur, pourra paraître sévère : le cas particulier l'explique et l'excuse sous ce rapport. Son plus grand défaut, si c'en est un, c'est d'être en opposition avec des arrêts de la cour de cassation. Cette cour en est saisie, elle décidera si la cour de Paris a ajouté aux dispositions de la loi (2).

ARTICLE 974.

Le testament devra être signé par les témoins; et néanmoins, dans les campagnes, il suffira

(1) Voy., en sens contraire, les arrêts suivants :

Douai, 6 mars 1833 (Dalloz, 34, 2, 16). Montpellier, 3 juin 1833 (*Palais*, 34, 1, 352). Pourvoi rejeté le 3 juillet 1834 (*Palais*, 34, 2, p. 508). Aix, 16 février 1853 (*Palais*, 1853, 2, 8). Dijon, 2 mars 1853 (*Palais*, 1853, 2, 10). Douai, 24 mai 1853 (*Palais*, 1853, 2, 12).

(2) Depuis que ceci a été écrit, la cour de cassation a statué. Elle a cassé l'arrêt de la cour de Paris, mais en se fondant sur ce que, contrairement aux appréciations de cet arrêt, le testament constatait suffisamment, en fait, que la lecture avait été donnée au testateur de la déclaration par lui faite de son impossibilité de signer.

L'arrêt de la cour de cassation est du 24 mai 1853 (voy. *Journal du Palais*, 1853, part. 2, p. 7). Il faut voir les observations de l'arrêtiste. Il prétend que le moyen, en fait, n'aurait pas dû être admis. J'avoue qu'aucun des juges de la cause ne l'avait aperçu, et les parties elles-mêmes ne s'y étaient pas arrêtées.

qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire.

SOMMAIRE.

1592. Dans les villes, tous les témoins doivent signer le testament.
1593. Dans les campagnes, il suffit que la moitié des témoins signe. — Raison de cette disposition.
1594. Sens du mot *campagnes*.
1595. Importance de la signature des témoins et du notaire.
1596. Il suffit, pour ceux des témoins de campagne qui ne savent ou ne peuvent signer, que leur déclaration soit mentionnée.
1597. Du reste, peu importe, lorsqu'il y a identité reconnue, l'irrégularité de la signature.

COMMENTAIRE.

1592. Tout ce que nous avons dit de la signature du testateur s'applique aussi à la signature des témoins. Il est inutile de nous répéter à cet égard. Mais il y a quelque chose à ajouter :

La loi veut que dans les villes le testament soit signé par tous les témoins. On n'est pas embarrassé pour trouver, dans les localités populeuses, des hommes en état d'écrire leur nom. Il est bon que les témoins fortifient autant que possible, par leur signature, l'autorité du testament.

1593. Cependant la difficulté de trouver, dans les campagnes, des individus sachant écrire ou signer, a porté la loi à introduire une exception : dans les

campagnes donc, il suffit que deux témoins signent, si le testament est reçu par un notaire assisté de quatre témoins, ou qu'un seul témoin signe, si ce sont deux notaires qui le reçoivent.

Le motif de la loi est extrêmement sage; il fallait tenir compte de difficultés locales et d'impossibilités matérielles; il ne fallait pas rendre impossible la confection des testaments.

1594. Mais la rédaction de l'art. 974 a donné lieu à une question. Qu'entend-on par campagne? Ce mot exclut-il non-seulement les villes, mais encore les bourgs, les populations agglomérées d'une certaine importance qui ne sont pas pleine campagne?

L'ordonnance de 1735 (art. 45) exigeait la signature de tous les témoins « dans les villes et bourgs fermés. » On comprendra que le Code ait rejeté cette expression, parce que la plupart des villes et bourgs de la France n'ont ni portes ni murailles. Mais doit-on conclure de l'ordonnance de 1735 que le mot « campagne, » dont la loi nouvelle se sert, soit employé par opposition aux mots « villes et bourgs, » de telle sorte que tout ce qui sera ville ou bourg ne pourra être considéré comme campagne? Dans l'origine on avait paru croire que l'art. 974 avait employé le mot « campagne » par opposition au mot « ville » (1). Cette opinion était beaucoup trop exclusive, et il résulte de l'esprit général de la jurisprudence actuelle, que, la loi n'ayant tracé aucune règle pour déterminer quels sont les lieux qui doivent être considérés

(1) Douai, 1er juin 1812 (*J. Palais*, 10, p. 434).

comme campagne et profiter de l'exception portée par l'art. 974, c'est aux magistrats de déterminer, soit d'après la population du lieu où le testament est reçu, soit d'après d'autres circonstances, si le testament est dans le cas de l'exception (1).

Ces circonstances peuvent être nombreuses. Ainsi on pourrait voir une campagne, au moins dans le sens de l'art. 974 du Code Napoléon, dans un village aggloméré qui n'aurait ni notaire, ni justice de paix, ni école, ni poste aux lettres, ni aucune de ces industries locales, telles qu'auberges, cafés, boucheries, qui font supposer l'existence de gens sachant lire et écrire. La loi suppose, en effet, que la localité qu'elle met hors de la règle ordinaire ne permet pas de trouver des témoins aptes à signer. Quand le village, par les conditions où il est placé, à raison du défaut de commerce, d'industrie et d'établissements, n'est pas de ceux où le notaire puisse facilement réunir des témoins sachant signer, la présomption de l'art. 974 se réalise, et l'on ne doit pas hésiter à classer la commune ou le village parmi les lieux de campagne. M. Toullier cite un autre exemple (2): c'est le cas où un testament aurait été fait dans un lieu dépendant d'une ville, mais à une distance fort éloignée. Nous n'hésitons pas à conclure avec lui que

(1) Voy. notamment cassat., 10 juin 1817 (Devill., 5, 1, 327). Bordeaux, 7 mars 1827; et sur le pourvoi, cassat, rej., 10 mars 1829 (Devill., 9, 1, 246); *Palais*, 22, 781). Lyon, 29 novembre 1828 (Devill., 9, 2, 163). Grenoble, 12 mars 1832 (Devill., 33, 2, 133).

(2) T. V, n° 445.

le lieu pourrait être alors considéré comme campagne, quoiqu'en général le hameau, dépendant de la ville, en fasse partie (1).

1595. La signature des témoins est un complément si nécessaire du testament que si le testateur, ayant signé, décédait avant la signature des témoins et du notaire, le testament serait nul. La signature des notaires et des témoins est aussi importante que la date et toutes les mentions voulues par la loi. Or, si le testateur décédait avant ces formalités, bien évidemment le testament serait nul, comme nous l'avons dit ailleurs (2); il doit en être de même dans le cas dont nous parlons. La mort du testateur donne effet au testament lorsqu'il est parfait; mais s'il succombe lorsque l'acte est encore imparfait, il meurt *intestat*. On ne peut achever, après la mort d'un homme, un acte de volonté qu'il a laissé dans un état d'imperfection (3).

1596. La loi n'exige pas que l'acte fasse mention de la cause qui empêche les témoins non signataires de signer, ni de la déclaration qu'ils ont faite de ne savoir ou pouvoir signer.

En cela, le Code n'a pas répété les dispositions de

(1) « *Nomen appellativum urbis*, » dit Pothier en paraphrasant la loi 2, D., *De verb. signif.* (*Pandectes*, t. II, p. 321, n° 241), « *si solum sit, muris finitur, etiàm quùm de his urbibus loquimur quæ suburbia habent; nomen verò proprium earum urbium, etiàm suburbana complectitur.* »

(2) *Suprà*, n° 1590.

(3) Toullier, t. V, n° 444, p. 433, dernier alinéa.

l'ordonnance de 1735, qui exigeait (1) qu'il fût fait mention de la déclaration des témoins de ne savoir signer, dans les cas où cette signature n'était pas effectivement requise (2).

1597. Observons, en terminant, quoique cela rentre dans les idées exposées ci-dessus, que l'omission de quelques lettres dans la signature ne fait pas à conséquence, si d'ailleurs aucun doute n'existe sur l'identité de la personne (3).

ARTICLE 975.

Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.

SOMMAIRE.

1598. De certaines incapacités relatives, d'être témoin instrumentaire en droit romain et en droit coutumier.
1599. L'ordonnance de 1735 prononça l'exclusion de tous les légataires comme témoins. — Le Code a adopté cette disposition.

(1) Art. 28, 34, 45.
(2) Merlin, Répert., v° *Signature*, t. XVII, p. 559.
(3) *Suprà*, n° 1589. Cassat., 24 juillet 1840 (Devill., 40, 1, 641, 1, 79). Cassat., 4 mars 1841 (Devill., 41, 1, 442).

1600. Si les témoins étaient intéressés au testament, ou usuraires, le testament serait valable.

1601. L'exécuteur testamentaire non gratifié peut être témoin.

1602. Les parents des personnes intéressées au testament ne sauraient être témoins instrumentaires.

— Du droit romain et du droit coutumier sur ce point.

1603. *Quid* des parents et alliés du testateur?

1604. *Quid* du domestique du légataire et du domestique du testateur?

1605. *Quid* des parents et alliés des notaires?

1606. Les clercs des notaires étant compris dans la prohibition, il en est de même *à fortiori* des domestiques des notaires.

1607. La nullité provenant de la présence d'un témoin intéressé au testament, ne porte-t-elle que sur la disposition relative à ce témoin?

1608. *Quid* si le legs fait au témoin était nul et considéré comme non écrit?

1609. La capacité exigée ici dans les témoins n'est pas applicable aux témoins de l'acte de suscription du testament mystique.

1610. Le notaire ne doit être parent d'aucun des légataires.

1611. Mais, que décider s'il était constant que le notaire ignorait sa parenté avec le légataire? — *Quid* si l'individualité du légataire devait rester incertaine jusqu'au jour du décès?

1612. Le notaire ne pourrait recevoir un testament dans lequel il serait lui-même institué.

1613. Mais il faut pour cela que la disposition dont il s'agit soit faite *in favorem*.

COMMENTAIRE.

1598. Notre article s'occupe de certaines incapacités relatives qui ne permettent pas de prendre pour

témoins différentes classes de personnes. Ces personnes sont les légataires et leurs parents, les clercs du notaire chargé de la réception.

La prohibition de notre article à l'égard des légataires est une imitation du droit romain : « *Qui testamento haeres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest* (1). »

Mais, remarquez que dans le droit romain la prohibition se restreignait à l'héritier institué; quant aux légataires proprement dits, ils pouvaient être témoins d'après la loi même que nous venons de citer. Cette décision était fondée sur ce que les légataires n'étaient pas *successores juris* (2), que souvent le testateur aimait à leur donner un legs en récompense de ce qu'ils avaient assisté à son testament, et pour les encourager à déposer sur les faits dont ils avaient été témoins. On ne voulait pas (comme le dit Hilliger) (3) que ce qui avait été fait pour assurer l'exécution du testament tournât à sa destruction.

Mais la plupart des coutumes ne faisaient pas la distinction du droit romain entre les héritiers et les légataires, et prononçaient contre ces derniers la prohibition d'être témoins. D'ailleurs (et cette raison est la principale), comme elles se contentaient d'un nombre de témoins moins considérable que dans le droit romain, il était juste qu'elles fussent plus rigoureuses

(1) L. 20, D., *Qui test. facere possunt*. Instit., § 10, *De test. ordin.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 176, n° 30.

(2) Doneau, *Comm.*, l. 6, cap. 7, n°s 20 *et seq.*

(3) Hilliger, note 14, *sur Doneau*, *loc. cit.*

sur la qualité de ces témoins, et qu'elles exigeassent, avec plus de sévérité, qu'ils fussent exempts de tout reproche et de tout intérêt (1).

1599. Quelques auteurs pensaient, cependant, que rien n'empêchait d'être témoin celui qui recevait un legs modique; plusieurs arrêts l'avaient ainsi décidé, et la jurisprudence était que cette prohibition ne devait pas être interprétée à la rigueur (2). Mais c'était là un relâchement qui pouvait avoir des inconvénients, et l'art. 43 de l'ordonnance de 1735 fixa ce point de droit en prononçant l'exclusion de tous légataires universels ou particuliers (3).

C'est ce parti que le Code Napoléon a adopté; moins exigeant que le droit romain sur le nombre des témoins, il devait se montrer plus sévère sur le défaut d'intérêt. Il suit de là, que sous le Code Napoléon comme sous l'ordonnance de 1735, dont il a entendu reproduire la sévérité, lors même que le legs serait modique et purement rémunératoire, lors même qu'il s'adresserait à des témoins ayant une fortune considérable à qui le testateur voudrait se borner à donner un témoignage d'amitié, et qu'il ne pourrait, par conséquent, être présumé avoir une

(1) La coutume de Paris disait : « Un testament doit être » passé en présence de témoins mâles, idoines, suffisants et » *non légataires*. » (Art. 89.) *Junge* Vitry, art. 102, ch. 6. Orléans, art. 239.

(2) Ferrières, *sur Paris*, dit que cela se jugeait ainsi sous l'empire de la coutume de Vitry, conforme à celle de Paris. Il cite un arrêt de 1668 et un de 1677.

(3) Pothier *sur Orléans*, Introd. au tit. 16, § 2, n° 14.

influence quelconque sur l'indépendance de leur esprit, il y aurait nullité, parce que, sous quelque prétexte que ce soit, le légataire ne peut être témoin instrumentaire du testament (1) ; les termes de notre article sont aussi précis que possible à cet égard.

1600. Remarquons, avec Ricard (2), que si les témoins, sans être intéressés *ut singuli* au testament, y étaient cependant intéressés, comme faisant partie d'une communauté (*ut universi*), le testament, dont ils assurent l'authenticité par leur présence, serait valable. Car *quod universitati debetur, singulis non debetur* (3).

1601. L'exécuteur testamentaire, désigné par le testateur *ut ministrum* et sans être gratifié, peut, sans difficulté, être témoin instrumentaire ; car il ne profite en rien du testament (4).

(1) Cassat., 13 décembre 1847 (Devill., 48, 1, 272. Palais, 48, 1, 32).

(2) Ricard, part. 1, n° 554. Il cite un arrêt de la grand'chambre, du 3 mars 1654, qui ordonna l'exécution d'un testament reçu par un notaire en présence de témoins de Nogent-le-Rotrou, quoiqu'il contînt un legs universel au profit des habitants de cette ville.

(3) L. 7, § 1, D. *Quod cujuscumque civitatis*. Junge Pothier, *loc. cit.* Merlin, Répert., v° *Légataire*, p. 764, col. 2. Liége, 20 juillet 1806 (Devill., 2, 1, 159). Cassat., 14 septembre 1830 (Devill., 3, 1, 107).

Ces arrêts jugent qu'un prêtre peut être témoin dans un testament qui contient des dispositions en faveur de l'église qu'il dessert. En février 1746, le parlement de Paris avait rendu un arrêt semblable.

(4) Ricard, *loc. cit.*, n° 554. Pothier, sur Orléans, Introd. au tit. 16, n° 14. Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 100.

1602. La loi n'écarte pas seulement ceux qui ont un intérêt personnel au testament; elle écarte encore leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement.

C'est ce que faisait la loi romaine par rapport aux héritiers institués. Elle éloignait les enfants qu'ils avaient sous leur puissance, leur père lorsqu'ils n'étaient pas émancipés, et leurs frères soumis comme eux à la puissance paternelle (1).

A l'égard des pays coutumiers, il y avait, sur ce point, une grande variété d'opinions. Pothier pensait que même le père du légataire pouvait être témoin (2).

Le Code a fait cesser ce conflit par une disposition qui doit être approuvée.

1603. L'art. 975 ne parle pas des parents et alliés du testateur qui seraient appelés comme témoins au testament. Doit-on les placer sur la même ligne que les parents et alliés du légataire et les déclarer frappés d'incapacité? Le Code ne s'est point prononcé à leur égard; mais la loi de ventôse exclut formellement du droit de concourir aux actes notariés les parents et alliés des parties, et la question est de savoir si cette loi leur est applicable.

Si l'on voulait aller chercher des analogies dans le droit romain, on pourrait dire que ce droit repoussait le témoignage de ceux qui étaient placés sous la

(1) Instit., § 10. *De testami ordin.*

(2) Pothier, *Donat. testam.*, chap. II, art. 3, § 5.

puissance du testateur (1). Il en était de même du témoignage de ceux en la puissance desquels le testateur se trouvait et de ceux qui étaient avec lui en la puissance d'un père commun (2). Ne faisant avec le testateur qu'une seule et même personne, ils n'avaient qu'un seul et même intérêt (3).

Mais ces notions du droit romain n'ont pas d'application dans cette partie du droit français, où la puissance paternelle n'est plus ce qu'elle était en droit romain (4). Le fils devenu majeur peut être témoin dans le testament de son père, *à fortiori*, le père dans le testament de son fils, l'oncle dans celui du neveu, le neveu dans celui de l'oncle.

Il est vrai que la loi de ventôse dit que les parents ou alliés (jusqu'au quatrième degré en ligne collatérale), des parties contractantes ne pourront être témoins dans les actes notariés. — Mais ces expressions « des parties contractantes » indiquent que l'art. 10 ne s'applique qu'aux contrats (5).

En effet, le Code Napoléon est la loi unique et complète qui régit la forme des testaments ; il définit dans ses différents articles la capacité spéciale des témoins (6). Il ne faut donc pas aller chercher dans

(1) Ulpien, l. 20, D., *Qui test. facere possunt.*, l. 6, D., *De testibus.*

(2) Instit., § 9, *De testam. ordin.*, Furgole, *Testam.*, ch. 3, sect. 2, n° 22.

(3) M. Poujol, n° 16, sur l'art. 976.

(4) Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, t. XIII, § 2, n° 3170, p. 400.

(5) Merlin, *loc. cit.*

(6) Art. 975, 980.

la loi de ventôse des dispositions que le Code Napoléon n'a pas voulu s'approprier.

On objecterait vainement que le Code, en gardant le silence, a entendu laisser cette classe de personnes sous la prohibition de la loi de ventôse. Le législateur a si bien reconnu qu'il introduisait dans le Code un droit spécial en dehors de la loi de ventôse, qu'il a cru devoir exclure nommément les clercs des notaires, déjà expressément exclus par la loi de ventôse.

Enfin, ce qui prouve cette intention du législateur, c'est qu'elle est formellement annoncée dans le rapport présenté par M. Jaubert au Tribunat (1). « Cette » loi générale, » disait M. Jaubert, en parlant de la loi de ventôse, « ne peut pas être invoquée dans la ma- » tière des testaments pour lesquels une loi parti- » culière règle tout ce qui est relatif aux témoins. »

La jurisprudence n'a pas eu à statuer sur le point de savoir si les parents ou alliés du testateur peuvent être témoins; mais elle a eu plusieurs fois occasion de se prononcer sur l'application de la loi de ventôse à d'autres cas de capacité de témoins testamentaires. C'est ce que nous verrons plus bas dans des espèces auxquelles nous renvoyons (2), et où les raisons que nous venons d'exposer ont fait la base de la décision des tribunaux et des auteurs (3).

(1) Locré, t. XI, p. 466 et 467.

(2) Voy. n° 1610 et 1613.

(3) Voy. Merlin, *loc. cit.*, Toullier, t. V, n° 399. M. Duranton, t. IX, n° 116. M. Vazeille, n° 8, sur l'art. 975. M. Coin-Delisle, n° 36, sur l'art. 980. M. Dalloz, t. V, ch. 6, sect. 4, art. 5, § 4, n° 21. M. Marcadé, t. IV, n° 36.

1604. Le Code ne s'est point non plus expliqué sur les domestiques des légataires et du testateur. Mais, par les raisons que nous venons de dire (1), l'art. 10 de la loi du 25 ventôse an XI, qui exclut les domestiques des parties, n'est pas applicable ici. On ne trouve rien dans l'ancien droit qui écarte leur témoignage dans les testaments. Si le Code avait voulu les rendre incapables, il s'en serait expliqué, comme il l'a fait pour d'autres personnes, notamment pour les clercs des notaires, ou pour les parents ou alliés des légataires. Mais comme il n'a rien dit à cet égard, il faut en conclure qu'il a entendu les laisser dans le droit commun. Dans une espèce où le domestique de l'un des légataires avait été témoin, la cour de Caen, par un arrêt fortement motivé du 4 décembre 1812 (2), a consacré l'inapplicabilité de la loi de ventôse en cette matière, et c'est aussi ce qu'a jugé la cour de cassation dans un cas où il s'agissait de la capacité d'un domestique du testateur (3).

1605. Il suit de ce que nous avons dit sur les parents et alliés du testateur, qu'on peut admettre comme témoins les parents et alliés du notaire qui reçoit le testament. Cela est d'autant moins douteux

(1) *Suprà*, n° 1603.

(2) Devill., 4, 2, 209. Voy. aussi Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, § 2, n° 3, p. 613, col. 2. Delvincourt, t. II, note 7, sur la p. 86. M. Dalloz, *Disposit. entre-vifs et testam.*, ch. 6, sect. 4, art. 5, § 4, n° 17. M. Coin-Delisle, n° 37, sur l'art. 980.

(3) Cassat., chambre des requêtes, 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 865). *Junge* M. Duranton, t. IX, n° 116. M. Poujol, n° 16, sur l'art. 974. M. Coin-Delisle, n° 36, sur l'art. 980.

que notre article n'établit d'incapacité pour les témoins, relativement au notaire, que dans la personne de ses clercs. Cette opinion, cependant, a rencontré des adversaires parmi ceux-là même qui ne voient aucune difficulté à permettre le témoignage des parents ou alliés du testateur (1). C'est là évidemment une contradiction. M. Duranton prétend la justifier en faisant la distinction suivante : « C'est le Code » qui règle les qualités générales que doivent avoir » les témoins appelés aux testaments; quant aux » qualités personnelles requises dans chaque in- » dividu, abstraction faite de la personne du testa- » teur, elles sont réglées par la loi du notariat. » Mais cette distinction est arbitraire ; elle est formellement repoussée par la loi qui exclut les clercs des notaires du droit d'être témoins au testament (2). Or, ne résulte-t-il pas de là que, même dans le cas où le témoin n'a pas de relation avec le testateur, le Code n'a point entendu se reposer sur la loi de ventôse du soin d'établir une prohibition à cet égard.

1606. Nous venons de voir que notre article ne veut pas que les clercs de notaire soient témoins dans les testaments reçus par l'officier dans l'étude duquel ils sont placés : il ne s'explique pas sur les domestiques du notaire. Néanmoins, il suit de là, par un argument *a fortiori*, qu'il a entendu exclure les domestiques du notaire, qui sont bien plus sous l'autorité

(1) Toullier, t. V, n° 402. M. Duranton, t. IX, n° 113. M. Dalloz, *loc. cit.*, n° 27.

(2) N° 1604.

et la dépendance de ce dernier. Dans l'ancien droit, d'ailleurs (1), les domestiques du notaire ne pouvaient être témoins. Le Code ne saurait avoir voulu innover à cet égard (2).

1607. On a soutenu que la nullité provenant de la présence d'un témoin au testament ne tombe pas sur tout le testament, qu'elle ne porte que sur la disposition à laquelle ce témoin est intéressé. Cette opinion n'est pas admissible : aussi a-t-elle été proscrite par la jurisprudence (3) ; car la forme des actes est indivisible et les nullités qui y touchent sont absolues.

1608. *Quid*, si le legs fait à un témoin, et qui rend celui-ci incapable, était nul ou considéré comme non écrit ? La cour de Paris s'est prononcée pour la validité du testament (4). Mais ce ne peut être là qu'une concession faite à la faveur d'un cas particulier. En effet, la prohibition existait au moment de la rédaction du testament, le témoin s'est réellement cru gratifié par ce même testament ; dès lors, il n'avait pas le caractère d'impartialité requis par la loi pour assurer

(1) Ord. de 1735, art. 42. Pothier, *Traité des donat. test.*, ch. 1, art. 3, § 3.

(2) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 8, art. 2, note de la p. 670. Grenier, n° 253. M. Bayle-Mouillard, même numéro, note *sur Grenier*. Toullier, t. V, n° 402. M. Duranton, t. IX, n° 115.

(3) Bordeaux, 14 juillet 1807 (*J. Palais*, 6, 204). Riom, 26 décembre 1809 (Devill., 3, 2, 167). Metz, 1er février 1821 (*Palais*, 16, 357). Cassat., 27 nov. 1833 (Devill., 34, 1, 265).

(4) 26 janvier 1808 (Devill., 2, 2, 335).

l'authenticité de l'acte ; ce n'est qu'*ex post facto* que le legs a été reconnu nul, et le testament étant nul dès son origine par défaut d'un témoin désintéressé, il n'a pu devenir valable par la suite.

Partant de là, il faut décider que lorsque le testament renferme un legs à un témoin caché sous l'apparence d'une reconnaissance de dette, il est nul, si au fond c'est une véritable libéralité (1).

1609. Notre article ne s'applique qu'aux témoins dont l'assistance est requise pour les testaments faits par-devant notaire. Il ne régit pas la capacité des témoins de l'acte de suscription du testament mystique (2).

1610. Nous venons de parler, avec notre article, des témoins du testament et de l'incapacité dont ils sont frappés, quand ils sont liés à la validité de cet acte par un intérêt personnel.

Quant au notaire, il reste sous l'empire de la loi constitutive de sa profession, loi qui le suit et le gouverne évidemment quand il reçoit un testament.

Or, cette loi (3) conduit nécessairement à décider qu'il ne saurait être parent d'aucune des personnes gratifiées dans le testament, jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement (4).

(1) Bordeaux, 3 avril 1841 (S., 41, 2, 361).

(2) Voy. *infrà*, n° 1963.

(3) Art. 8 et 68 de la loi de ventôse.

(4) Douai, 29 mai 1810 (Devill., 3, 2, 280). Douai, 17 mars 1815 (Devill., 5, 2, 30). Lyon, 29 avril 1825 ; et sur le pourvoi, Cassat., rej., 20 juin 1827 (Devill., 8, 2, 622). Bourges, 30 juin 1828 (Devill., 9, 2, 164).

1611. Mais que devrait-on décider s'il était établi que le notaire ignorait sa parenté avec le légataire, si, par exemple, l'individualité du légataire devait être incertaine jusqu'au jour du décès du testateur? Nous croyons, avec la jurisprudence (1), qu'il serait trop rigoureux, dans un cas pareil, d'appliquer la loi de ventôse et de prononcer la nullité du testament.

Les motifs de la suspicion de la loi s'évanouissent alors. Le notaire a été libre. Il n'a pas été influencé.

1612. Le notaire ne peut être parent d'un légataire: à plus forte raison est-il incapable d'être lui-même institué par le testament qu'il reçoit; il ne saurait être ministre en sa propre cause (2).

1613. Remarquez, cependant, que le testament qui contient une disposition faite au notaire, ne serait nul qu'autant que cette disposition serait faite *in favorem* pour le notaire et constituerait un titre pour lui (3). Ainsi, serait valable le legs d'honoraires dus antérieurement au notaire (4), ou le legs d'une somme d'argent, montant d'un billet dû au notaire, s'il était constant que le créancier n'a été relevé d'aucune déchéance ou prescription, et que le billet par lui représenté n'était

(1) Cassat., 15 déc. 1847 (Devill., 48, 1, 550). Cassat., 20 juin 1827 (Devill., 8, 1, 622). Cassat., 31 juillet 1834 (Devill., 34. 1, 452).

(2) Art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI.

(3) L'art. 8 de la loi de ventôse dit: « Qui contiendrait » quelque disposition en leur faveur. »

(4) Cassat., 27 mai 1845 (*J. Palais*, 1845, 2, 547).

attaquable sous aucun rapport (1). En effet, le testament n'est pas le titre du notaire, et la créance de celui-ci n'est pas liée au sort du testament. D'où il suit que le rappel de la créance fait dans le testament, n'est pas une de ces dispositions faites en faveur du notaire, dont parle la loi de ventôse an XI. Le but de ce rappel n'est pas de gratifier, mais de faire connaître à l'héritier le passif dont il est chargé.

ARTICLE 976.

Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui : le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe; cet acte sera signé tant par le testateur que par le

(1) Ce dernier point a été ainsi décidé par la cour de cassation, par arrêt du 4 mai 1840, à mon rapport (Devill., 40, 1, 402. *J. Palais*, 1840, 2, 115).

1641. Ces mentions, du reste, peuvent résulter d'équipollents. — Exemples quant à la présentation et à la déclaration.

1642. Exemple d'un cas où la présentation a paru suffisamment résulter du contexte de l'acte.

1643. De la mention relative à la clôture et au scel. Il suffit qu'il résulte des circonstances et des faits matériels la preuve que le procès-verbal contient tout ce qui est essentiel pour la validité de l'acte. — Exemple.

1644. Autre exemple d'un cas où le notaire s'était borné à constater que le testament était scellé.

1645. De la mention de l'écriture par le notaire.

1646. De la mention des signatures du testateur et des témoins.

1647. De la place que cette dernière mention doit occuper dans l'acte.

1648. De la mention de la signature du notaire.

1649. De la mention de la lecture de l'acte de suscription.

1650. De la date.

1651. De l'unité de contexte.

1652. Le testament mystique est un acte authentique. — Conséquences.

1653. Doit-il être passé en minute, à peine de nullité?

1654. Le testament nul en la forme mystique peut valoir comme testament olographe.

1655. *A fortiori* si le testateur a énoncé la volonté que son testament valût dans la meilleure forme (*omni meliore modo*).

COMMENTAIRE.

1614. Le testament mystique, ou secret (1), est d'origine romaine. C'est lui qui est appelé *solennel*

(1) Cujas, *Recit. solemn.* sur le titre du Code *De testam.*

dans les lois du Digeste; les formalités en sont réglées dans divers textes du *Corpus Juris* (1). Adopté par le droit français, le testament mystique est la forme que la loi environne de plus de solennités, parce qu'il s'agit non-seulement de garantir la volonté du testateur, mais encore de constater l'identité de l'écrit qui contient ses dispositions et de celui sur lequel on dresse l'acte de suscription (2).

Dans le droit romain l'écriture était de l'essence du testament mystique; à la différence du testament nuncupatif, l'écriture faisait partie de la solennité (3). Le testament pouvait être écrit de la main du testateur ou de toute autre personne employée par lui (4). Mais quand l'écriture était de la main d'autrui, il fallait qu'il parût que le testateur l'avait dictée (5), afin que l'on fût sûr que c'était sa volonté et non celle de l'écrivain. Il fallait, de plus, que le testateur signât l'intérieur du testament; telle était, du moins, la jurisprudence, quand c'était une main étrangère qui avait écrit le testament (6). Mais lorsque l'inté-

(1) L. 28 et 29, D., *Qui test. facere possunt.* L. *Hâc consultissimâ*, 21, C., *De testam.*, novell. 119, cap. 9. Voy. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 178, n° 39. Furgole, *Testam.*, t. I, ch. 2, sect. 1, n°s 3 et suiv.

(2) M. Jaubert, *Rapport au Tribunat.* Voy. Locré, t. II, p. 423.

(3) L. 21, *In princip.*, et § 1, C., *De testam.*

(4) L. *ead.*, *eod. titulo.*

(5) L. 2, § 7, D., *De bonor. possess. secund. tab.* L. 28, D., *Qui test. facere poss.* L. 21, C., précitée.

(6) Furgole, *loc. cit.*, n° 4.

rieur était écrit de la main du testateur, il suffisait qu'il signât sur l'enveloppe. Peu importait, du reste, que l'écrivain fut mâle ou femelle (1), libre ou esclave (2). Telles étaient les formalités relatives à l'écriture (3).

1615. Cette première opération faite, le testateur devait appeler sept témoins, mâles, pubères, *integri status*, citoyens romains, *de eo rogati*, et sachant écrire, puisqu'ils devaient signer (4). On s'est demandé pourquoi le législateur avait exigé la présence de sept témoins. Osuald Hilliger, annotateur de Doneau (5), croit que ce n'est pas le caprice qui fit choisir ce nombre, mais le respect que dans presque tous les temps on a montré pour le nombre sept, qui a une si grande influence dans les périodes de la vie de l'homme, dans les maladies, dans les changements de tempéraments, etc. Si dans le testament *per æs et libnam* on n'avait requis que l'assistance de cinq témoins seulement, c'est à cause du caractère politique de cette forme de tester, qui avait été la première en date et qui, se conformant à la division du peuple romain en cinq classes, d'après les institutions de Servius Tullius, exigeait l'assistance de cinq témoins, pour que chaque témoin représentât une classe.

(1) L. 6, § 3, et l. 15, § 5, D., *De falsis*.
(2) L. 28, D., *Qui test. facere poss.*
(3) Doneau, *Comment.*, VI, 7, 2, 3 et suiv.
(4) L. 21, C., *De testam.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 178, n° 39.
(5) *Sur Doneau*, VI, 7, note *b*. Voy. dans notre préface une autre explication de Pothier.

1616. Ces témoins étant réunis, le testateur leur présentait son testament clos et enveloppé (1), et il déclarait que l'écrit contenait ses dernières volontés. Une enveloppe recevait les signatures (2), et cet acte extérieur conservait la foi de l'acte intérieur, suivant l'élégante expression de Paul (3). Le testateur signait s'il savait écrire ; sinon on appelait huit témoins qui signaient en son nom. Après quoi les témoins apposaient sur l'enveloppe leurs sceaux et seings (4) suivant cette formule : *Ego Lucius Titius Caii testamentum signavi* (5). Si le testateur avait écrit le testament, il n'était pas nécessaire qu'il le signât sur l'enveloppe. Justinien avait d'abord voulu que le testateur écrivît de sa main le nom de l'héritier institué ; mais il abrogea cette formalité (6), et l'empereur Léon (7) retrancha celle des sceaux et seings manuels des témoins. Cet usage, en ce qui concerne le seing manuel ou signature, se maintint longtemps en Occident, par un abus général, fruit de l'ignorance et de l'incurie (8).

(1) « *Consignatam, vel ligatam, vel tantùm clausam, involutamque proferre scripturam.* » (Justin., l. 21, C., *De testam.*)

(2) « *Offere signandam et subscribendam.* » (Suétone, *Nero*, 17, loi précitée.) Saumaise, *De subscrib. et sign. testam.*

(3) Paul, *Sententiæ*, l. 5, tit. 25, *Ad leg. Corn., testam.*, § 6. Cujas, sur le tit. C., *De testam.*

(4) « *Quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus, testamentum valere.* » (Loi 21 précitée.)

(5) Paul, *Sententiæ*, l. 5, tit. 25. § 6. Cujas, *loc. cit.*

(6) Novelle 119, ch. 9.

(7) Novelle 42.

(8) Mabillon, *De re diplom.*, 2, 22, 6. Pasquier, *Recherches*,

1617. Enfin, on devait procéder à toutes ces opérations *uno contextu*, c'est-à-dire dans le même temps; ce qui n'empêchait pas qu'un témoin ne pût sortir un instant pour vaquer à des nécessités naturelles (1).

1618. Toutes ces formalités étaient prescrites à peine de nullité, et le testament ne pouvait valoir comme testament nuncupatif, à moins que le testateur n'en eût déclaré sa volonté en présence des témoins (2).

Du reste, le testament mystique était valable, quoique les témoins en ignorassent le contenu (3). C'était même pour cacher sa volonté aux témoins, que le testament mystique était préféré et offrait au testateur une forme commode (4).

1619. Les pays coutumiers n'adoptèrent pas l'usage du testament solennel ou mystique (5); mais il était pratiqué dans toutes les provinces du droit écrit. L'ordonnance de 1735 en règle les formalités en s'appuyant sur les lois romaines (6), et le Code Napoléon a suivi de très-près cette ordonnance.

Nous allons passer en revue les formalités pres-

10, 13. Loyseau, *Offices*, 2, 4, 15. Furgole, t. 1, ch. 2, sect. 1, n°s 8, 9, 10, 11.

(1) L. 24, § *ultim.*, D., *Qui testam. facere poss.* L. 21, C., *De testam.* § 3, Instit., *De testam. ordin.* Voy. *infrà*, n° 1641.

(2) L. 30, C., *De testam.*

(3) L. 21, C., *De testam.*

(4) Cujas, sur le tit. C., *De testam.*

(5) Chabrol *sur la cout. d'Auvergne*, 12, 48.

(6) Art. 8, 9, 10, 11 et 12.

crites par notre article et qui peuvent se diviser ainsi :

1° Écriture intérieure ;

2° Clôture et scel ;

3° Présentation aux témoins et au notaire avec déclaration ;

4° Acte de suscription ;

5° Unité de temps et de lieu.

1620. Le testateur doit écrire lui-même ses dernières dispositions et les signer ; s'il ne veut ou ne peut les écrire lui-même, il peut les faire écrire par une tierce personne et les signer. Cependant la signature du testateur n'est pas obligatoire à peine de nullité. C'est ce qui résulte de l'article suivant, qui prévoit le cas où le testament n'est pas signé, et exige alors un témoin de plus. De là il suit qu'un individu qui ne sait ni écrire, ni signer, peut valablement faire un testament mystique.

1621. La personne que le testateur charge d'écrire ses dispositions n'a pas besoin d'être une personne publique ; la loi n'en impose nulle part l'obligation. Il peut se servir d'une main privée, suivant qu'il le juge convenable, et l'écrivain peut être mâle ou femme, ou de quelque condition que ce soit (1), même légataire intéressé au testament (2).

1622. Il n'est pas nécessaire non plus que l'écrit intérieur porte que c'est le testateur qui l'a dicté lorsqu'il a employé une main étrangère. La déclara-

(1) L. 21, C., *De testam.*

(2) Grenier, *Donat. et Testam.*, n° 268, t. II, p. 548. Toullier, t. V, n° 465.

tion qu'il fait aux témoins que c'est son testament, supplée à cette énonciation, et assure que cet écrit contient les volontés du disposant (1).

1623. Le Code Napoléon n'exige pas que cet écrit intérieur soit daté; en quoi il s'écarte de l'ordonnance de 1735 qui exigeait la date (2). Ce serait donc vainement qu'on se fonderait sur l'omission de la date pour demander, sous la loi actuelle, la nullité du testament (3).

1624. Comme cet écrit est un acte absolument séparé de la suscription, il suit que cette dernière formalité peut n'avoir lieu que plusieurs jours après. Ce n'est pas à l'opération de l'écriture intérieure que s'applique la disposition de la loi qui exige que les choses se fassent *uno contextu*.

1625. L'écriture des dispositions est secrète dans le testament mystique. Le testateur ne révèle pas ses intentions au notaire et aux témoins; il opère loin des regards curieux (4). La seule chose qu'il doit

(1) Lorsque le testateur se sert d'une main étrangère, il n'est pas nécessaire qu'il soit dit qu'il a lu l'écriture; mais s'il résultait clairement du testament qu'il ne l'a pas lu, il y aurait nullité. Voy. *infrà*, n° 1659 et suiv.

(2) Art. 38.

(3) Nîmes, 3 juin 1807 et sur le pourvoi, C. cassat., rej., 14 mars 1809 (Devill., 3, 1, 35). Colmar, 20 janvier 1824 (Dalloz, *Jurisp. g.*, t. VI, p. 19). Merlin, Répert., v° *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 10, p. 700. Toullier, t. V, n° 475, p. 457.

(4) « *Hoc primùm tenendum est; non est necesse testes ea » scire quæ in testamento scripta sunt.* » (Doneau, *Comment.*, lib. 6, cap. 8, n° 1.)

faire connaître, c'est qu'il a fait un testament et que l'écrit qu'il présente contient sa volonté (1). C'est pour cela qu'ainsi que nous le disions tout à l'heure (2), il n'a besoin du concours d'aucune personne participant à la puissance publique pour coucher par écrit les dispositions qu'il fait de son patrimoine.

1626. Lorsque le testateur a écrit ses dispositions, il doit clore d'abord et ensuite sceller l'écrit qui les contient, ou bien il peut se servir d'une enveloppe; mais alors cette enveloppe contenant l'écriture intérieure doit d'abord être close et ensuite scellée. Le Code en ceci a dérogé à l'ordonnance de 1735 (3), qui exigeait que, lors même qu'on se servait d'enveloppe, la feuille intérieure contenant l'écrit du testateur fût close et scellée; ce qui est inutile aujourd'hui.

1627. Mais, qu'est-ce que le scellement ajouté à la clôture et dont notre texte, d'accord avec l'ordonnance, fait une condition de l'accomplissement des formalités du testament? Est-il nécessaire pour sceller le testament que le testateur imprime sur la cire, ou le pain à chanter dont il se sert, un cachet, un sceau, une marque gravée qui laisse des traces? La rigueur avec laquelle certains auteurs ont interprété le sens du mot sceller, nous fait un devoir d'exami-

(1) « *Sed sufficit scripturam testamenti etiàm clausam et* » *involutam, atque adeò consignatam et ligatam proferre.* » (Boneau, *loc. cit.*)

(2) Voy. *suprà*, n° 1621.

(3) Art. 9 de l'ord. de 1735.

ner cette question avec quelques détails, afin de nous préserver d'une minutie inutile qui fait dépendre la volonté des mourants d'observances capricieuses, étroites et frivoles.

D'après la législation de Justinien, il n'était pas nécessaire que le testateur présentât son écrit clos et scellé ; il suffisait qu'il fût fermé et enveloppé (1). Ce n'était pas assez, parce que la clôture n'est pas toujours suffisante pour préserver le testament des regards indiscrets. Si, par exemple, le testament n'était clos qu'avec des fils, des rubans ou des épingles, il serait facile pour un tiers de l'ouvrir et d'en prendre une connaissance qui répugne à l'essence du testament mystique. L'ordonnance de 1735 et, après elle, le Code Napoléon ont donc eu raison d'exiger que le testament soit tout à la fois clos et scellé, de sorte qu'on ne puisse l'ouvrir sans déchirure. Mais ni l'ordonnance, ni le Code n'ont prescrit une forme particulière pour opérer ce scellement ; il suffit que, d'après l'état matériel de la pièce, la clôture en soit faite avec les précautions qui protégent le secret des écrits et ne permettent pas de les ouvrir sans les briser. Si donc les rubans sont liés et retenus par de la cire, si les bouts du papier sont rapprochés et unis par une matière servant à sceller, telle que cire, pains, colle forte, etc., etc., le vœu de la loi est satisfait, et il y aurait une sévérité déraisonnable à prétendre que toutes ces précautions seront vaines, si la cire, les pains à chanter, la colle forte, etc.,

(1) *Suprà*, n° 1614. *L.* 21, *C.*, *De testam.*

ne restent pas gravés par un sceau laissant des traces apparentes.

Pour arriver à une solution contraire, on prend le mot « scellé » corps à corps, et l'on dit d'abord que sceller signifie marquer avec un sceau et ensuite qu'un sceau est un morceau de métal de figure ronde ou ovale, qui laisse une empreinte sur les matières molles auxquelles il est appliqué (1).

Si nous étions à Rome, en présence des usages des Romains, nous ne ferions pas de difficulté de donner à cette argumentation étymologique beaucoup d'autorité ; mais en France, elle n'en a aucune et l'on prête à la loi une pensée qu'elle n'a pas eue.

Il est certain qu'à Rome, l'usage des sceaux (*signum*, *sigillum*, *signaculum*) (2) était général. Les citoyens romains étaient dans l'habitude de sceller leurs lettres avec des anneaux portant un emblème, une marque, un signe distinctif, de sorte qu'il n'y avait *consignatio* ou *obsignatio*, qu'autant que la cire était marquée d'un sceau : *dùm tamen habeat formam insculptamque signis imaginem* (3). Chaque citoyen avait un anneau qu'on appelait *annulus signatorius* (4) et le don de cet anneau était la marque

(1) Dictionnaire de Trévoux, v° *Sceau*.

(2) Sommaire : « *Signum cerâ est quod impresso annulo in cerâ ponimus* » (*De subscribendis et signandis testamentis*, p. 161, 162.)

(3) Ulpien, l. 22, § 5, D., *Qui testam. facere possunt*, Justinien, *Institutes*, *De testam. ordin.*, § 5. L. 21, C., *De testam.*

(4) Paul, l. 74, D., *De verborum signif.* Ulpien, l. 25, § 10, D., *De auro, argento legato*. Valère-Maxime, l. 8, c. 14, § 4.

d'une affection spéciale qu'on offrait quelquefois en mourant à un ami (1).

Souvent, au lieu de signer par un seing manuel, on se bornait à apposer son sceau (2). L'apposition du sceau se retrouve à chaque instant dans les actes de la vie civile (3).

En France, aussi, l'usage des sceaux fut pendant longtemps en vigueur, et le sceau remplaça non-seulement la signature des témoins, mais encore celles des parties et du notaire. Cette coutume, qui s'observa pendant plus de cinq siècles, dura jusqu'à François Ier (4).

Mais la pratique contraire est tellement dominante aujourd'hui, qu'il n'est plus possible d'argumenter sans danger de ces antécédents. Les mots ont d'ailleurs changé de sens et perdu leur précision. Les prendre à la lettre, c'est prendre des choses tombées en désuétude pour des réalités. Et d'abord, le mot sceau ne s'applique plus depuis longtemps aux cachets des particuliers (5) : « Les cachets, dit le dictionnaire de Tré-

(1) Valère-Maxime, l. 7, c. 8, §§ 5, 8, 9.

(2) Salluste, *Catilin.* 47 : « *Perlectis litteris, quùm priùs* » *omnes sua signa cognovissent.* » Ovide, l. 1, *Trist. eleg.*, V, vers. 7 : « ... *Positis pro nomine signis.* » Suétone, *August.* 33 : « ... *Ignosceretur iis quos fraude ad signandum vel* » *errore inductos constitisset.* »

(3) Voy. la dissertation de Loyseau sur les *Sceaux*, *Offices*, l. 2, ch. 4. Paul, *Sentent.*, l. 5, tit. 25, § 6. L. 22, § 3, D., *Qui test. facere poss.* Ulpien, l. 1, § 36, D., *Depositi.* Ulpien, l. 11, § 3, D., *Locati.*

(4) Furgole, *Testam.*, t. I, ch. 2, sect. 1, n° 11.

(5) Loyseau, *Offices*, l. 2, ch. 4, nos 10 et 16.

» voux (1), diffèrent des sceaux, en ce que les sceaux » sont pour les affaires publiques ou qui regardent le » public, et les cachets ne sont que pour les affaires » des particuliers entre eux, comme lettres. » On dit le sceau de l'Etat, le sceau de tel ministère ; mais un particulier n'a pas de sceau. Comment donc le mot « scellé, » employé par le Code Napoléon et appliqué à un particulier, pourrait-il se rapporter à une chose qui n'est plus dans le domaine privé. De là il suit que ce mot ne doit plus être entendu (au moins dans la matière qui nous occupe ici) dans le sens étymologique ; il ne peut pas signifier strictement l'apposition d'un signe ou sceau. Il a une acception plus large. Il veut dire une manière d'unir deux parties avec des précautions telles qu'il faille aller jusqu'au bris pour les séparer.

C'est pourquoi l'on dit très-justement qu'on scelle une bouteille, une fiole, quand on la bouche avec du mastic (2), sans qu'il y ait un signe apposé. Voilà quelle est la vérité, sans subtilité et sans anachronisme !

Déjà, en 1735, quand l'ordonnance de Louis XV sur les testaments emploie le mot scellé, il ne semble plus qu'il ait le sens rigoureux du mot *signatio*, *obsignatio* des Romains. L'art. 9 de cette ordonnance se borne à dire d'une manière générale et sans rien spécifier de sacramentel ou d'obligatoire dans

(1) V° *Cachet*.
(2) Trévoux, v° *Sceller*.

l'exécution, que le papier sera clos et scellé « avec les précautions en tel cas requises et accoutumées; » c'est pourquoi, les commentateurs n'insistent pas le moins du monde sur la nécessité d'une apposition d'empreinte et ne paraissent préoccupés que du point véritablement capital, qui consiste à savoir si le testament sera suffisamment en sûreté.

Ainsi, Bergier dit (1) : « Il n'y aurait point » d'inconvénient de fermer le papier qui con- » tient le testament dans une enveloppe fermée par » un seul cachet, dans la forme de l'enveloppe or- » dinaire des lettres ; ce qui est uniquement essen- » tiel, c'est que l'enveloppe soit close et scellée, » de manière qu'on ne puisse pas, sans la briser ou » altérer le cachet, en retirer le testament et y en » substituer un autre. »

René Aimar (2) dit, dans le même sens, qu'un testament qui serait seulement clos et qui ne serait pas cacheté, ne serait pas en sûreté, parce qu'il serait aisé d'y faire des altérations, par la facilité qu'on aurait de l'ouvrir et de le clore.

Furgole énonce ainsi son avis sur la question (3) : « Comme l'ordonnance ne prescrit point la forme » en laquelle l'enveloppe doit être close et scellée, » il y a lieu de croire qu'il suffirait qu'elle fût cache- » tée avec de la cire d'Espagne et du pain à chan- » ter, sans qu'il soit besoin qu'elle soit entrelacée » d'un ruban ou d'un fil. »

(1) Bergier *sur Ricard*, t. I, p. 412.
(2) *Explic. de l'ord. de* 1735, sur l'art. 9.
(3) *Testam.*, ch. 2, sect. 3, n° 23.

Et ailleurs (1), Furgole dit encore qu'il suffit qu'en fermant le papier, ou en le couvrant d'une enveloppe, on prenne les précautions requises et accoutumées, afin qu'on ne puisse pas substituer un autre écrit à la place de celui qui contient la véritable volonté du testateur.

Quant aux précautions dont il est question ici, Sallé (2) s'explique ainsi : « La précaution la plus » ordinaire est de passer un fil pour joindre le pa- » pier où le testament est écrit, et de mettre les ca- » chets sur les endroits où passe le fil (3)..... »

On voit que ces auteurs paraissent employer de préférence les mots « cachet » et « cacheté, » aux mots « sceau » et « scellé. » Or, ces mots cachet et cacheté, dans la langue usuelle, n'impliquent pas nécessairement l'idée d'une empreinte. Quelque définition que les dictionnaires puissent donner de ces mots (4), il sera toujours certain qu'une lettre fermée avec de la cire ou avec un pain à cacheter, sera pour tout le monde une lettre cachetée, bien que l'on n'y ait apposé aucune empreinte, et qu'il faudra, pour prendre connaissance de son contenu, décacheter la lettre.

(1) *Loc. cit.*, n° 22.

(2) *Esprit des ord. de Louis XV*, sur l'art. 9 de 1735.

(3) La même précaution est indiquée dans Suétone, *Vie de Néron*, § 17 : « *Adversùs falsarios tunc primùm repertum ne* » *tabulæ, nisi pertusæ, ac ter lino per foramina trajecto,* » *obsignarentur.* » Voy. aussi, sur cette précaution, l. 1, § *ultim.*, D., *De bonor. possess. secund. tabulas.*

(4) Trévoux, v° *Cachet.*

On comprend dès lors que si, sous l'empire de l'ordonnance, le mot «scellé» ne devait pas forcément être pris dans le sens d'empreinte, on ne saurait se montrer plus rigoureux sous le Code Napoléon.

Dira-t-on que le mot «scellé» ainsi entendu n'ajoute rien au mot « clos » qui le précède, et qu'il n'est plus qu'une redondance inutile? Comme nous le disions ci-dessus, une chose peut être close sans être scellée. Ainsi une porte est close, elle n'est pas scellée pour cela. On pourra l'ouvrir, parce qu'elle n'est que close. Mais scellez-la, c'est-à-dire assujettissez la clôture de cette porte avec de la cire, même sans y apposer d'empreinte, vous ne pourrez plus ouvrir la porte sans altérer le scellé. On peut en dire autant d'une boîte qui peut être close sans être scellée. Clos et scellé sont donc deux expressions différentes. Lors même que sceller ne signifie pas appliquer une empreinte, il dit toujours beaucoup plus que clore.

On insiste cependant, et l'on trouve que l'absence d'empreinte sur la cire sera un défaut de garantie pour la sécurité du testament. On prétend qu'il sera possible, notamment en faisant fondre la cire apposée sur l'enveloppe, de pénétrer jusqu'au testament intérieur, de s'en emparer, d'y faire des changements, de le remettre et de rétablir ensuite une clôture de cire. Mais si cela paraît possible, qui garantira qu'il n'en sera pas de même dans le cas où il y aura une empreinte sur l'enveloppe? Est-ce la difficulté de rétablir l'empreinte? Assurément cette difficulté serait sérieuse, si la loi avait exigé d'abord qu'on se servît d'un sceau particulier et défini par-

tant une empreinte, ou si l'acte de suscription devait contenir une description de la clôture et du scellement. Mais en l'absence de toute disposition à cet égard, qui empêchera celui qui aura été assez hardi pour ouvrir le testament mystique de remplacer l'empreinte effacée ou fondue par une autre empreinte quelconque, puisqu'il n'aura point à redouter la comparaison de son empreinte avec une description qui n'aura pas été faite de l'empreinte précédente, et que celle-ci, d'ailleurs, n'aura laissé que des souvenirs fugitifs dans la mémoire des témoins, en supposant qu'ils aient survécu au testateur.

Ce silence de la loi est une preuve de plus, et une preuve irréfutable que par le mot « scellé, » elle n'a pu vouloir exiger une empreinte.

Je sais que les arrêts n'ont pas toujours interprété notre article avec l'équité qui nous sert de règle. Il y a des exemples d'une sévérité outrée, dans des arrêts des cours de Douai et de Bruxelles (1). Mais nous ne sommes pas ébranlé par ces décisions, intervenues d'ailleurs à une époque ancienne où la jurisprudence inclinait à des rigueurs aujourd'hui abandonnées. Il nous suffira de rappeler l'arrêt de la chambre des requêtes du 7 août 1810 (2), qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de Douai.

« Attendu que l'article 976, exigeant la clôture » et le scel du testament, la cour de Douai a pu » trouver que ces formes n'avaient pas été observées

(1) Bruxelles, 13 février 1813 (Dalloz, J. G., t. VI, p. 16).
(2) Cassat., rej., 7 août 1810 (Devill., 3, 1, 226).

» par une simple clôture sans apposition d'aucun » sceau ou cachet,... etc. »

Ces expressions sont très-significatives par leur réserve. Elles indiquent que, dans la pensée de la cour suprême, la cour d'appel n'a fait que résoudre une question de fait. Et il est à présumer que, dans le cas d'une solution contraire, la cour de cassation aurait également rejeté le pourvoi par les mêmes motifs.

Veut-on savoir jusqu'à quelle conclusion outrée on est entraîné par les idées qui ont présidé aux arrêts de Douai et de Bruxelles? Dans une espèce jugée par la cour d'Angers, le 19 février 1824 (1), on mettait en question la validité d'un testament mystique, parce que sur quatre cachets qui retenaient l'enveloppe de ce testament, un seul, placé dans un coin, portait une empreinte; et l'on soutenait que, puisque les autres cachets n'étaient pas timbrés d'un sceau, la pièce n'était pas scellée dans le sens de l'article 976. On raisonnait peut-être logiquement dans cet ordre d'idées si exagéré, en prenant pour base la doctrine que nous réfutons; mais on était certainement dans le faux, en prenant pour guide le bon sens et la vérité; car aux yeux de tout le monde un tel testament était scellé d'une manière complète. Aussi, la cour d'Angers s'est-elle prononcée pour la validité du testament. Entre autres motifs donnés par son arrêt, on doit remarquer celui-ci, qui résume à nos yeux la pensée de l'article 976, c'est « que la loi » s'en est rapporté à la prudence et à l'intérêt du » disposant, puisqu'elle n'a rien spécifié. »

(1) Devill., 24, 2, 164.

Nous terminerons par une observation. L'impression d'un sceau sur l'enveloppe est si peu la garantie exigée par la loi en cette matière, qu'il est possible que la clôture faite avec l'addition d'un timbre et d'un sceau permette de retirer le testament de son enveloppe, ainsi qu'on peut l'inférer d'une espèce rapportée par Bergier (1), et jugée par arrêt du parlement de Paris du 12 février 1779. Dans cette espèce, la cire empreinte du sceau ordinaire de la testatrice avait été posée sur la feuille extérieure servant d'enveloppe avec si peu de précaution, qu'on aurait pu retirer le testament, s'il n'eût été attaché à cette même enveloppe par une cire intérieure. C'est cette circonstance qui détermina le parlement à décider que le testament était valablement clos et scellé, par la raison qu'il n'avait pu être séparé du papier qui l'enveloppait sans rupture (2). Mais supposez qu'il

(1) *Sur Ricard*, t. I, p. 412.

(2) Un arrêt de la cour de Colmar, du 20 janvier 1824 (Dalloz, *op. cit.* t. VI, p. 20), a jugé de même dans une espèce analogue. On prétendait que, malgré les trois cachets portant empreinte qui scellaient l'enveloppe d'un testament mystique, il était possible, avec quelque dextérité, de rabattre l'un des angles non scellés de l'enveloppe, de retirer la disposition du testateur et d'en substituer une autre. Le tribunal d'Altkirch avait admis qu'il y avait là une fermeture imparfaite et lâche, quoique scellée, qui devait annuler le testament. Mais, sur l'appel, la cour de Colmar déclara, entre autres choses, qu'en fait, la soustraction du testament pouvait laisser des traces, surtout à cause de l'épaisseur du papier timbré, et elle valida le testament (V. *Infrà*, n° 1635).

n'y eût pas eu de cire intérieure pour rendre le testament inséparable de l'enveloppe; supposez que l'enveloppe roulée autour de la pièce ne fût fermée que par un cachet extérieur, il est évident que, dans le système que nous réfutons, le testament aurait été clos, puisqu'il aurait été enveloppé et que de plus il aurait été scellé, puisque la cire aurait reçu l'empreinte d'un sceau. Mais s'il y a quelque chose d'évident, c'est que cette clôture et ce scel n'auraient pas répondu aux exigences de la loi, et que le testament n'aurait pas été scellé. Sans doute il aurait porté le sceau de la testatrice; mais ce n'est pas là ce qui préoccupe le législateur; il veut, dans sa sagesse, que le testament ne soit considéré comme scellé que lorsqu'on ne peut l'ouvrir sans fracture ou déchirure. Voilà pourquoi nous soutenons que le mot scellé ne doit pas être entendu comme synonyme de ce qui est empreint d'un sceau; il a un sens plus général; il a pour but d'assurer d'une manière quelconque l'identité et le secret du testament; et, toutes les fois que l'identité et le secret du testament paraîtront par la réunion des deux conditions, clôture et scel, n'avoir reçu aucune atteinte, le juge ne pourra s'empêcher de reconnaître la validité du testament. Il n'aura pas à se préoccuper s'il y a ou non défaut d'empreinte (1).

(1) Voy., sur cette question, l'opinion conforme de MM. Malleville, *Analyse raisonnée du C. Nap.*, t. II, p. 450. Grenier, 1re et 2e édit. *Des donat.*, n° 261. Vazeille, n° 4, sur l'art. 976. Coin-Delisle, n° 28, sur l'art. 976. Voy. *contrà*,

1628. Après ce que nous venons de dire sur le sens du mot scellé, nous n'avons pas besoin d'ajouter que si le testateur s'est servi d'un sceau, il importera peu que ce sceau soit son propre sceau, ou le sceau d'un tiers. En droit romain même on le décidait ainsi : les témoins qui apposaient leur sceau sur le testament solennel pouvaient se servir du même anneau (1). Aussi, ni la doctrine (2), ni la jurisprudence (3) n'ont essayé de contester ce point.

1629. Furgole (4), qui a traité avec beaucoup de détails toute cette matière, pense que lorsque l'acte de suscription n'est pas dressé sur une enveloppe, mais sur la feuille même où le testament a été écrit, de manière qu'il n'y ait à craindre aucune substitution, le testament n'en serait pas moins bon, quoiqu'il ne fût ni clos ni scellé. « Car, dit-il, le secret n'est » pas de l'essence du testament, et il importe peu

Delvincourt, note 3, sur la p. 85. Favard de Langlade, Répert., v° *Testament*, sect. 1, § 4, n° 4. Merlin, Répert., v° *Testament*, 17, sect. 2, § 3, art. 3, n° 14, 3°. Toullier, t. V, n° 463. M. Duranton, t. IX, n° 124. M. Poujol, n° 5, sur l'art. 976. M. Marcadé, t. IV, n° 43. Grenier, 3e édit., *Des donat.*, n° 261 *bis*. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, n° 261 *bis*.

(1) L. 22, § 2, D., *Qui testam. facere possunt*. Instit., t. *De testam. ordin.*, § 5.

(2) Merlin, *loc. cit.*, n° 14, 6°, p. 734. Favard de Langlade, Répert., v° *Testam.*, sect. 4, n° 4. M. Duranton, t. IX, n° 129. Coin-Delisle, n° 29, sur l'art. 976.

(3) Cassat., rej., 8 février 1820 (Devill., 20, 1, 191). Bruxelles, 16 février 1822 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 17). Colmar, 20 janvier 1824 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 19).

(4) Furgole, *loc. cit.*, ch. 2, sect. 3, n° 23.

qu'on puisse en faire la lecture ou non. Mais cette opinion, que son auteur n'appuie que sur la loi *Hâc consultissimâ* (1), n'est pas soutenable (2), en présence du texte de l'ordonnance de 1735 et du Code Napoléon qui, comme nous l'avons vu ci-dessus (3), exigent un redoublement de précautions pour préserver le testament d'une ouverture forcée. Furgole se place d'ailleurs sur un terrain qui n'est pas le véritable. En effet, ce n'est pas seulement la substitution d'un testament à un autre que la loi a redoutée; ce sont encore tous les changements ou altérations qu'une main étrangère pourrait facilement y faire, s'il n'était pas clos et scellé. L'écriture intérieure n'étant revêtue d'aucune formalité, et pouvant même n'être pas de la main du testateur, c'est l'acte de suscription qui lui sert de garantie. Il importe donc beaucoup qu'après l'accomplissement de cette formalité, elle ne puisse recevoir aucun changement.

Du reste, ce que dit Furgole, que le secret n'est pas de l'essence du testament mystique, est très exact, en ce sens que le testateur, en la présentant à la suscription, pourra déclarer ou lire à haute voix les dispositions qu'il contient; la loi ne le lui défend

(1) L. 21, C., *De testam.*

(2) Grenier, *loc. cit.*, n° 262. Merlin, Répert., v° *Testam.*, t. XVII, *loc. cit.*, p. 727. Toullier, t. V, n° 409. M. Duranton, t. IX, n° 124. M. Dalloz, *J. G.*, t. VI, n° 3, p. 15. M. Coin-Delisle, n° 30, sur l'art. 976, p. 399.

(3) N° 1621.

pas, ce secret ayant été introduit en sa faveur (1). Mais une fois que le testament est enfermé sous son enveloppe et sous ses cachets, il n'est plus permis de l'en retirer; il doit y rester fermé à tous les regards.

1630. Lorsque l'enveloppe et le cachet sont imparfaits, et qu'une substitution ou une altération du testament a été possible, on n'est plus obligé de reconnaître pour les vraies dispositions du défunt le papier qui se trouve sous cette enveloppe irrégulière; en un mot, il n'y a plus de testament (2).

En effet, on peut avoir substitué un papier à un autre; un faussaire abusant d'un blanc seing peut avoir mis un écrit forgé par lui à la place de la véritable volonté du testateur. Il peut même avoir fait des additions, des changements; il n'y a plus de certitude que l'acte représenté contient le *supremum defuncti judicium* (3).

Mais si, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (4), l'enveloppe et la clôture, quoiqu'imparfaites, étaient cependant telles qu'on ne pût retirer le testament qu'en altérant les cachets et le papier, le testament serait en vain argué de nullité (5).

(1) Merlin, *loc. cit.*, n° 9, p. 714. Delvincourt, note 2, sur la p. 306. Toullier, t. V, n° 470. M. Vazeille, n° 8, sur l'art. 976.

(2) Furgole, *loc. cit.*, n° 22.

(3) Merlin, *loc. cit.*

(4) N° 1627.

(5) Voy., *suprà*, l'arrêt du parlement, du 12 février 1779, cité au n° 1627.

1631. Lorsque le testament est clos et scellé, le testateur le présente au notaire et aux témoins; et s'il ne l'est point encore, il le clôt et le scelle en leur présence. Il doit alors leur déclarer que le contenu du papier présenté est son testament écrit et signé par lui, ou écrit par un autre et signé par lui, ou écrit partie par lui, partie par un autre (1), ou écrit par un autre et non signé de lui faute d'avoir pu ou su, suivant les circonstances. Ces prescriptions sont très-importantes; ce sont elles qui assurent l'identité de l'écrit qui renferme les suprêmes dispositions (2). Si donc le testateur ayant déclaré qu'il a écrit lui-même son testament, on ne trouvait, après sa mort, sous le cachet qu'un testament écrit d'une main étrangère, la justice serait forcée de reconnaître qu'il s'est trompé et que le testament produit n'est pas celui qu'il avait eu intention de présenter.

Toutefois, il ne faudrait pas entendre ces propositions sans ménagement. Supposons que le testateur ait déclaré avoir fait écrire son testament par un autre, et qu'on trouve, cependant, dans ce testament, quelques lignes écrites de sa main : il est probable, en général et à moins de présomptions contraires, que sa déclaration a été incomplète plutôt qu'erronée, et on ne doit pas s'en faire un argument contre

(1) Cour de Lyon, 26 janvier 1822 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 12).

(2) « ... *Ità ut interiori scripturæ fidem servat exterior* » *scriptura, ut eleganter ait Paulus.* » (L. 5, *Sentent.*, *Ad leg.*, C., *Testam.*, tit. 25, § 6.) Cujas, Ad. tit. *De testam.*, au Code.

la validité du testament (1). Il est vrai qu'une exactitude scrupuleuse faisait au testateur une loi de déclarer qu'il y avait un mélange d'écriture; mais il n'est pas défendu aux magistrats de tenir compte d'un oubli involontaire, surtout quand l'essence du testament n'en est pas altérée.

Au surplus, on consultera les circonstances; elles ont ici une grande autorité. On fera une grande différence entre le cas où c'est le testateur qui aura ajouté quelque chose à l'écriture d'autrui, et celui où c'est une main étrangère qui ajoute quelque chose à l'écriture du testateur. Ce deuxième cas comporte moins d'indulgence que le premier (2), et l'on devrait surtout être circonspect et défiant, si quelque imperfection se remarquait dans la clôture de l'enveloppe.

1632. Les témoins auxquels le testament est présenté, et devant lesquels a lieu la déclaration du testateur, doivent être, non plus quatre comme dans le testament par acte public, mais au nombre de six, réunissant les qualités voulues par loi sur le notariat (3) et par l'art. 980 du Code Napoléon.

(1) Toulouse, 2 août 1810. Cassat., rej., sect. civ., 12 mai 1812 (Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 3, n° 28, p. 742).

(2) Arrêt de la cour de Lyon, du 26 janvier 1822, qui prononce la nullité d'un testament que, dans l'acte de suscription, le testateur avait déclaré avoir écrit de sa main, et dont une partie fut reconnue avoir été écrite par une main étrangère (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 12; et Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, *loc. cit.*, p. 742).

(3) 25 ventôse an XI.

Ils devront tous savoir signer ; car l'exception portée par l'art. 974 (1), pour le cas où le testament est fait à la campagne, n'est applicable qu'aux testaments nuncupatifs écrits. L'ordre des articles du Code prouve assez que cet article n'a point été fait pour le testament mystique. Aussi M. Malleville, qui a soutenu l'opinion contraire (2), a-t-il été combattu par tous les auteurs, sans exception (3). La jurisprudence, non plus, n'hésite pas sur ce point (4). Il est pourtant difficile, au premier coup d'œil, de percevoir une raison de la différence qu'établissent ici les textes, entre le testament par acte public et le testament mystique. Dans le testament mystique, il suffit aux témoins d'avoir des yeux et des oreilles pour attester que tel homme a remis tel papier qu'il a dit être son testament. Au contraire, dans le testament nuncupatif, il faut assez de lumières pour distinguer la nature des dispositions du testateur, la quotité dont il dispose, les personnes qu'il gratifie,

(1) Voy. *suprà*, n° 1593.

(2) Malleville, *Analyse rais. du C. Nap.*, sur l'art. 976.

(3) Grenier, *loc. cit.*, n° 274, Merlin, Répert., v° *Témoin instrumentaire*, § 2, n° 3, 23°. Favard, Répert., v° *Testam.*, sect. 1, § 4, n° 10, Delvincourt, note 9, sur la p. 85, Toullier, t. V, n° 483. MM. Duranton, t. IX, n° 144. Poujol, n° 9, sur l'art. 976. Vazeille, n° 20, sur l'art. 976. Coin-Delisle, n° 39, sur l'art 980. Marcadé t. IV, n° 51.

(4) Liége, 29 mai 1806 (Devill., 2, 2, 149). Liége, 29 mai 1808 (Devill., 2, 2, 395). Bordeaux, 12 avril 1808 (Devill., 2, 2, 377). Cassat., rej., 20 juillet 1809 (Devill., 3, 1, 87). Pau, 19 décembre 1829 (Devill., 9, 2, 363).

pour comparer par la pensée ce qui a été écrit avec ce qui a été dicté. Pourquoi la moitié des témoins sachant signer est-elle suffisante dans le testament par acte public? Pourquoi ne l'est-elle pas dans le testament mystique, dont les opérations sont moins compliquées pour le témoin?

Mais il faut répondre que le motif qui a fait exiger dans le testament mystique un plus grand nombre de témoins que dans le testament par acte public, conduit logiquement à être plus exigeant dans le premier que dans le second, sur les conditions que ces deux espèces de témoins doivent remplir. Dans le testament par acte public, la dictée solennelle est une haute garantie de la spontanéité de la volonté du testateur; et la présence du notaire qui entend cette dictée, entouré des témoins, et qui constate avec l'autorité qui lui appartient ce qui a été dit, est pour le législateur une raison de confiance qui lui a permis de diminuer le nombre des témoins et de se passer de la signature de quelques-uns d'entre eux. Mais le testament mystique, dont les dispositions sont secrètes, va chercher toute sa force probante dans l'acte de suscription et dans les faits qu'il constate. Or, pour prévenir les fraudes possibles en pareil cas, la loi a dû vouloir que la certitude qui manque au testament mystique, sous le rapport de la dictée, fût remplacée par les attestations d'un plus grand nombre de témoins, pouvant tous certifier par leur signature ce qu'ils ont vu et entendu (1).

(1) Paris, 19 décembre 1828 (Devill., 9, 2, 365).

1633. L'ordonnance de 1735 défendait aux héritiers institués ou substitués, d'être témoins dans les actes de suscription des testaments mystiques, et elle le permettait aux légataires. C'était conforme aux dispositions du droit romain que nous avons rapportées (1). Mais aujourd'hui cette distinction n'a plus lieu, parce que, dans notre législation, il n'y a aucune différence entre les legs relativement à leur dénomination (2). Les héritiers et les légataires peuvent donc être témoins aux actes de suscription des testaments mystiques. L'art. 975 n'est applicable qu'aux testaments nuncupatifs, bien différents des testaments mystiques, puisque le contenu de ceux-ci est inconnu pour les témoins, tandis que le contenu des autres doit leur être connu (3). D'ailleurs, comment pourrait-on fonder une incapacité légale sur un fait légalement ignoré? Or, les légataires sont inconnus ou légalement réputés tels; on ne peut donc pas les exclure (4).

1634. Bien plus, quand même le témoin aurait écrit l'acte intérieur qui le gratifie, il n'y aurait pas pour cela nullité. En effet, aucun texte de loi ne porte de prohibition à cet égard; et comme la personne qui a écrit l'acte intérieur ignore si le testament présenté est ou n'est pas celui auquel elle a prêté son ministère, il n'y a en elle aucune incapacité légale. Elle ne fait que concourir à des constatations

(1) Voy. *suprà*, n° 1598.
(2) Grenier, *loc. cit.*, n° 268.
(3) Merlin, Répert., v° *Légataire*, n° 268.
(4) M. Marcadé, t. IV, n° 49 *in fine*.

désintéressées, sans aucune conscience des avantages que peut contenir pour elle l'écriture intérieure (1).

1635. Nous avons vu, sous l'article 975, quelles sont les incapacités, relativement au testateur et au notaire, dans le testament par acte public. Les solutions que nous avons données sur ce point, soit quant aux parents et alliés du testateur (2) ou du notaire (3), soit quant aux serviteurs du testateur (4), s'appliquent pareillement au cas où il s'agit de l'acte de suscription d'un testament mystique. Toutefois, l'incapacité prononcée contre les clercs du notaire instrumentaire par l'art. 975, incapacité que nous avons étendue à ses serviteurs dans le testament par acte public (5), ne nous paraît pas devoir être appliquée à la matière du testament mystique. Dans les textes qui règlent cette sorte de testament, le Code s'est abstenu de prononcer aucune prohibition à cet égard. D'un autre côté, on sait que la loi de ventôse ne peut être invoquée ici, puisque le Code a établi des règles spéciales dans les art. 975 et 980, sur la ca-

(1) Merlin, Répert., v° *Testam.*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 8, n° 20. Delvincourt, note 7, sur la page 85. Toullier, t. V, n° 467. MM. Coin-Delisle, n° 40, sur l'art. 980. Marcadé, t. IV, note sur le n° 49 de l'art. 976. Voy. *contrà*, Grenier, *loc. cit.*, n° 268. Favard, Répert., v° *Testament*, sect. 1, § 4, n° 5.

(2) N° 1603.

(3) N° 1605.

(4) N° 1604.

(5) N° 1606.

pacité des témoins testamentaires (1). Il ne faut donc pas, sous prétexte de vouloir donner plus de garantie à la sincérité du testament, se montrer plus sévère que le Code (2). Du reste, c'est précisément sur ce point relatif aux clercs de notaires, témoins dans les testaments mystiques, que M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, avait annoncé l'intention du Code de déroger à la loi de ventôse (3).... « Le projet dit » aussi que les clercs des notaires par lesquels les » testaments publics seront reçus ne pourront être » pris pour témoins. Ce projet ne répète pas cette » autre exclusion pour le testament mystique. La » loi sur le notariat exclut absolument les clercs des » notaires. Mais cette loi générale ne peut être in- » voquée dans la matière des testaments, etc.... »

1636. Nous avons dit (4) que celui qui n'entend pas la langue du testateur ne peut être témoin dans un testament par acte public; il n'en est pas de même dans le testament mystique. Le droit romain ne l'exigeait pas: « *Non tamen intelligentiam sermonis* » *exigimus* (5) »; il suffisait qu'on pût faire comprendre clairement aux témoins, par un moyen quelconque (6), les opérations dont ils étaient appelés à assurer l'authenticité dans l'acte de suscription. La simplicité de l'opération que doit constater la présence

(1) N° 1603.
(2) Merlin, Répert., v° *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 2, n° 8.
(3) Locré, t. XI, p. 466 et 467.
(4) N° 1526.
(5) Ulpien, l. 20, § 9, D., *Qui test. facere poss.*
(6) *Si vel sensu percipiat*, loi précitée.

du témoin dans le testament mystique, donne lieu de supposer qu'il sera toujours facile de la faire comprendre au témoin (1).

1037. Nous arrivons maintenant à l'acte de suscription. « Le notaire en dressera l'acte de suscription, » dit l'art. 976. On a discuté pour savoir si cette expression « dressera, » entraîne nécessairement pour le notaire l'obligation d'écrire lui-même l'acte dont il s'agit. Mais d'où peut naître le doute, alors surtout que ce même mot employé dans l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 y était entendu comme synonyme d'écrire (2)? On sait même qu'une déclaration du 6 mars 1751 (3) prit le soin de fixer le sens de ce mot, et acheva de faire passer dans la langue de la pratique cette signification du mot « dresser, » que contestaient encore quelques notaires des pays du droit écrit, par suite de vieilles pratiques relâchées qui s'appuyaient sur le droit romain (4). D'un autre côté, l'art. 979 s'exprime ainsi : « Après quoi, le notaire écrira l'acte de suscription. »

Il est vrai qu'on objecte que ce dernier article ne s'occupe que du cas particulier où il s'agit du testament mystique fait par un muet; d'où l'on conclut que c'est dans ce cas seulement que le notaire est

(1) Furgole, *Testam.*, t. I, ch. 3, sect. 1, n° 8. Ricard, *Donat.*, p. 1, n° 1606. Doneau, *Comm.*, lib. 6, cap. 16, n° 9. *Contrà*, MM. Coin-Delisle, n° 28, sur l'art. 980 ; et Marcadé, t. IV, n° 59.

(2) Furgole, ch. 2, sect. 3, n° 79.

(3) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, n° 1.

(4) Merlin, *ibid.*

tenu d'écrire. Mais quelle serait la raison d'une telle différence? Comment la justifier? Quel rapport à établir entre l'obligation d'écriture imposée au notaire, avec l'impuissance de parler où se trouve le muet (1)?

1638. Nous avons expliqué plus haut (2), que rien ne s'oppose à ce qu'un témoin de l'acte de suscription ait écrit l'acte intérieur qui le gratifie.

Il en est de même du notaire qui, lorsqu'il dresse l'acte de suscription, ignore si l'acte intérieur présenté par le testateur est le même que celui qu'il a écrit à un autre moment.

Quant à la circonstance que c'est le notaire qui a écrit lui-même l'acte par lequel il reçoit un legs, on ne pourrait en arguer contre le notaire, qu'autant qu'il aurait écrit l'acte comme notaire (3). Mais il est clair qu'il n'a prêté sa plume qu'à titre de personne privée, et que la prohibition de la loi de ventôse ne l'atteint pas. « Attendu, dit un arrêt de la cour de

(1) Voy., dans ce sens, Merlin, Quest. de droit, v° *Testament*, § 5, et Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, n° 1. Delvincourt, note 8, sur la p. 85. Grenier, *loc. cit.*, n° 271. Favard, Répert., v° *Testament*, sect. 1, § 4, n° 7. Toullier, t. V, n° 481. MM. Dalloz, *Jurisp. gén.*, t. VI, ch. 6, sect. 5, art. 5, n° 2. Poujol, n° 12, sur l'art. 976. Marcadé, t. IV, n° 46. *Contrà*, Malleville, *Analyse raisonnée*, sur l'art. 976. MM. Duranton, t. IX, n° 127. Vazeille, n° 17, sur l'art. 976. En Sardaigne, aux termes des lettres-patentes du roi Charles-Albert, du 10 octobre 1840, l'acte de suscription d'un testament peut n'être pas écrit de la main du notaire. Voy. *infrà*, n° 1775.

(2) *Suprà*, n° 1634.

(3) Art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI.

» Nîmes du 21 février 1828 (1), que la suscription » est un acte distinct et séparé du testament, qui n'a » d'autre efficacité que celle d'imprimer à une disposition de dernière volonté, l'authenticité suffisante » pour son exécution, en constatant son identité avec » le papier remis par le testateur; que cet acte n'est » pas du nombre de ceux qui font l'objet de l'art. 8 » de la loi du 25 ventôse an XI, puisque Benoît n'y » est pas partie intéressée et que l'acte ne renferme » aucune disposition en sa faveur; que les dispositions pénales ne doivent être appliquées qu'aux » cas qui sont spécialement prévus par la loi; que » le Code Napoléon ne prononce pas la peine de nullité contre un acte de suscription apposé à un testament mystique et reçu par un notaire en faveur » duquel le testament contient une libéralité (2). »

M. Grenier, cependant, critique cette décision (3). Dans le cas dont il s'agit, selon lui, le notaire doit être assimilé au notaire qui reçoit un testament par acte public. C'est lui-même qui fait le testament, qui en est le ministre, qui lui donne l'essence. Il est nécessairement suspect. Il ne peut donc être admis à se faire un testament à lui-même.

A cette objection de M. Grenier, il est facile de répondre que le notaire, au moment de la suscription

(1) Devill., 6, 2, 208.

(2) *Junge* Merlin, Répert., v° *Testam.*, t. XVII, p. 739, sect. 2, § 3, art. 3, n° 10.

(3) Grenier, n° 269 *bis*. Voy. aussi M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, note du n° 269 *bis*.

de l'acte, ne sera jamais sûr que le papier clos et scellé dont il va rester dépositaire, soit nécessairement celui qu'il a lui-même écrit. Le testateur peut avoir substitué un testament écrit par un autre. Rien n'est certain à cet égard. Le notaire ne peut avoir que des doutes, et sa position n'est pas la même ici qu'elle serait s'il s'agissait d'un testament public. L'assimilation sur laquelle on se fonde pour faire prononcer la nullité du testament mystique, tombe par conséquent (1).

Mais il en serait autrement s'il résultait des circonstances que le testateur a déclaré au notaire et aux témoins que l'écrit qu'il veut faire revêtir de la forme mystique est de la main du notaire et qu'il gratifie le notaire. Ici s'applique dans toute sa force la règle de droit et de raison : « *Nemo potest esse auctor in rem suam.* » Le notaire manque à ses devoirs, quand il prête son ministère pour donner le dernier sceau à une disposition dans laquelle il n'est pas désintéressé. Rien ne serait plus dangereux, pour la liberté des testateurs et la sincérité de leurs dispositions, que ce rôle d'un notaire qui dominerait le disposant dans toutes les phases de l'acte et serait l'agent avoué, public, de tout ce qui s'est fait dans son intérêt (2).

1639. Le notaire devra écrire l'acte de suscription

(1) Toullier, t. V, n° 467. Merlin, *loc. cit.* Delvincourt, note 7, sur la p. 85. MM. Duranton, t. IX, n° 126. Coin-Delisle, n° 32, sur l'art. 976.

(2) MM. Vazeille, n° 15, sur l'art. 976. Favard, Répert., v° *Testam.*, sect. 1, § 4, n° 5. Dalloz, t. VI, ch. 6, sect. 5, art. 5, n° 3.

sur le papier même où le testament a été consigné, ou sur la feuille servant à l'envelopper. Cette suscription notariée ne pourrait être remplacée par un procès-verbal de présentation (1) qui serait dressé par le notaire sur une feuille à part et distincte.

1640. L'acte de suscription est un procès-verbal qui doit énoncer avec soin les formalités prescrites par la loi. Ainsi, il devra constater, soit expressément, soit par équipollents, ainsi que nous le verrons tout à l'heure (2), la présentation du papier faite par le testateur au notaire et aux témoins, l'état dans lequel ce papier a été présenté, c'est-à-dire s'il était clos et scellé, ou bien s'il a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins, et enfin la déclaration du testateur que ce papier contient ses dernières volontés et qu'il est écrit ou non écrit par lui.

Cette obligation de la mention de ces formalités résulte d'un côté de l'esprit de la loi, puisqu'on ne comprendrait pas en quoi, sans ces diverses mentions, consisterait l'acte de suscription; et d'un autre côté elle résulte du texte même de la loi. En effet, après avoir énoncé les formalités relatives à la présenta-

(1) Turin, 15 pluviôse an XIII (Devill., 2, 2, 26). Bourges, 10 août 1813; et Cassat., rej., 6 juin 1815 (Devill., 5, 1, 59). Dans l'espèce de cet arrêt, le testateur avait présenté au notaire un testament clos et scellé, sur lequel ce testateur avait écrit que c'était son testament, et ce n'est que sur une feuille distincte et séparée que le notaire avait dressé le procès-verbal.

(2) Voy. *infrà*, n° 1641.

tion et à la déclaration, l'art. 976 ajoute : « le notaire EN dressera l'acte de suscription. »

On a cependant essayé de donner un autre sens à la particule EN (1), et, au lieu de la faire rapporter aux prescriptions relatives à la présentation et à la déclaration, on l'applique seulement au mot « testament » placé au commencement de l'art. 976, deux phrases au-dessus du membre de phrase dont il s'agit, sans vouloir que cette particule se rapporte aux formalités dont il vient d'être immédiatement parlé. Il résulterait de cette interprétation que la loi se bornant à recommander au notaire de dresser l'acte de suscription du testament sans indiquer ce qu'il doit mentionner, cet officier public pourrait, à son gré, constater ou omettre tout ou partie des formalités accomplies ; ce qui, selon l'expression de M. Bayle-Mouillard (2), réduirait l'acte de suscription à une simple étiquette signée. Tout cela est trop peu sérieux pour avoir besoin d'une plus ample réfutation (3).

(1) M. Coin-Delisle, n° 46, sur l'art. 976.

(2) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, note *c*, sur le n° 264.

(3) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 8, p. 692. Grenier, n° 264. Delvincourt, t. II, p. 307 et 308. Toullier, t. V, n° 471, 472. MM. Duranton, t. IX, n° 130. Vazeille, note 9, sur l'art. 976. Marcadé, t. IV, n° 47. Cassat., rej., 7 avril 1806 (Devill., 2, 1, 232). Cassat., rej., 8 avril 1806 (Dalloz, *op. cit.*, t. VI, p. 24). Cassat., rej., 7 août 1810 (Devill., 3, 1, 226). Cassat., rej., 11 mai 1811 (Merlin, *loc. cit.*, n° 12, p. 712). Cassat., rej., sect. civile, 28 décembre 1812 (Devill., 4, 1, 252). Voy., *contrà*, les motifs d'un arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassat., du 23 juin 1824 (Dalloz, t. VI, p. 22).

1641. La jurisprudence, toutefois, est trop raisonnable pour exiger que les mentions que doit contenir l'acte de suscription soient exprimées en des termes sacramentels. Elles peuvent résulter d'équipollents dérivant à la fois des énonciations de l'acte et de l'état matériel du testament. C'est ce que la jurisprudence a maintes fois décidé.

Ainsi, il est hors de doute que l'expression de remise équivaudra à celle de présentation (1); que la présentation au notaire, en présence des témoins, sera considérée comme synonyme de présentation au notaire et aux témoins (2). De même, il y aura déclaration suffisamment constatée que le testament a été écrit par une main étrangère, lorsque l'acte de suscription portera que le testateur a déclaré l'avoir dicté à un tiers (3), etc.

1642. Au reste, la question des équipollences, qui est toujours une question de fait, est par cela même un champ de bataille pour l'interprétation; et l'on y trouve ordinairement en présence les deux esprits qui, de tout temps, ont divisé la jurisprudence: l'un qui incline au rigorisme et au formalisme, l'autre qui voit les choses avec plus d'équité, et attache plus d'importance à ce qui est vrai qu'à ce qui est solen-

(1) Voy. les arrêts de cassat., cités au numéro précédent, du 7 avril 1806 et 11 mai 1811. Voy., en outre, C. sup. de Bruxelles, 15 juin 1814 (Dalloz, t. VI, p. 29).

(2) Turin, 5 décembre 1806 (Devill., 2, 2, 178). Bordeaux, 5 mai 1828 (Devill., 9, 2, 75). Toulouse, 19 juin 1830 (Devill., 9, 2, 458).

(3) Turin, 5 décembre 1806 (Devill., 2, 2, 178).

nel. Mais il faut d'autant mieux donner la préférence au second que le texte de l'art. 976, tout en exigeant que le notaire dresse acte de la présentation, ne se sert pas d'expressions aussi impératives et aussi rigoureuses que celles qu'emploie l'art. 972 pour astreindre le notaire à retracer pas à pas tous les incidents du testament par acte public.

Voyons, au surplus, l'état de la jurisprudence.

Un testament avait été présenté au notaire qui avait constaté en ces termes les formalités de la suscription : « Le testateur nous a déclaré que dans le pré-
» sent écrit clos est contenue sa dernière et plus chère
» volonté, qu'en conséquence, il me requérait, moi
» notaire, en présence des témoins, de le prendre
» en dépôt sous ma garde. »

La question s'étant élevée de savoir s'il résultait de ces termes que le testament eût été réellement présenté au testateur, la cour de Colmar, par arrêt du 10 juillet 1814, a décidé que cet acte de suscription était suffisant et complet; et le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation du 22 mai 1817 (1).

Là-dessus, la critique s'est exercée (2); on a multiplié les doutes; on s'est ingénié pour créer des suppositions. On a fait des efforts infinis pour placer, à côté de l'évidence, des conjectures de nature

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 3, n° 13.

(2) Merlin, *loc. cit.*

à l'ébranler. On a dit, un tel acte ne constate pas qui a présenté le testament au notaire. Est-ce le testateur? Il n'en est rien dit. Est-ce le notaire qui l'a pris sur la table ou ailleurs? Mais il peut s'être trompé, et le testateur, en voyant les choses de loin, a pu se tromper aussi. Est-ce une personne étrangère qui a déposé manuellement le testament entre les mains du notaire? Mais qui assure qu'elle n'a pas remis à l'officier public un acte faux et gardé le véritable? Il y a donc de l'incertitude sur tous les points, et, d'après la loi, la certitude doit être imprimée dans toutes les parties du testament.

Oui, sans doute, répondrons-nous, la certitude doit résulter de l'acte de suscription. Mais pour tous les esprits ennemis des subtilités, elle est éclatante ici; et il ne faut pas se laisser aller, pour l'obscurcir, à ce que le jurisconsulte romain appelle si bien « *nimiam et miseram diligentiam.* »

1643. Voici une autre question qui touche à cette matière des équipollents. Il s'agit de la mention relative au scel et à la clôture.

L'acte de suscription de la dame Ichon était ainsi conçu : « Laquelle dame Ichon a présenté aux » notaire et témoins, et ensuite remis au notaire, » le présent papier ci-clos, qu'elle a déclaré aux- » dits notaire et témoins contenir ses disposi- » tions. »

A la mort de la dame Ichon, le procès-verbal d'ouverture du testament constata en ces termes l'état dans lequel il se trouvait : « Un papier cacheté de

» deux cachets sur cire ardente rouge, lacé d'un ru-
» ban blanc. »

Dans cet état de choses on a prétendu, devant la cour de Bordeaux, que le testament était nul parce que l'acte de suscription ne faisait mention que de la clôture sans parler du scel.

Mais on répondait qu'il y avait là un fait apparent qui n'avait pas besoin d'être constaté. L'omission du notaire n'avait pu avoir pour effet de détruire ce qui frappait les yeux de tous. Ce fut l'avis de la cour de Bordeaux (1) qui, après s'être fait représenter le testament, décida, par arrêt du 21 mars 1822, qu'il résultait de l'inspection de cet acte qu'il était clos et scellé, au moment où il avait été présenté au notaire et aux témoins, et qu'ainsi le vœu de la loi avait été rempli. L'affaire ayant été portée devant la cour de cassation, le pourvoi fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 23 juin 1824 (2).

M. Merlin (3) a présenté des critiques spécieuses sur cet arrêt de Bordeaux : « Il faut, dit-il, qu'on » sache quand le testament a été scellé. Etait-il » scellé lors de la présentation? Rien ne le dit. Du » moins a-t-il été scellé après la présentation, et en » présence des témoins? L'acte n'en dit rien non » plus. Il importe peu, en effet, que la cour de Bor- » deaux ait trouvé le testament scellé lors de l'ou- » verture. Il sera toujours douteux quand le scelle-

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 731, sect. 5, § 3, art. 3, n° 14, 4°.

(2) Dalloz, t. VI, p. 22.

(3) Merlin, *loc. cit.*

» ment aura été fait. » A quoi on peut ajouter que, dans le système de l'arrêt, le notaire aurait pu même se dispenser de mentionner que le testament était clos : la clôture étant un fait qui, aussi bien que le scel, peut se vérifier à l'inspection, serait alors tout aussi inutile à mentionner.

Malgré ces raisons, si j'avais été du nombre des juges, j'aurais probablement adopté la décision de la cour de Bordeaux, et j'approuve fort la chambre des requêtes d'avoir rejeté le pourvoi. Il me semble, en effet, que la constatation positive de la clôture, au moment de la présentation rapprochée de l'existence des cachets, était suffisante pour établir, au moins par équipollents, que la clôture résultait pour tout le monde de l'apposition de ces mêmes cachets. Il faut d'ailleurs considérer (et la cour de cassation en a fait la judicieuse remarque), que l'art. 976 n'impose pas au notaire, à peine de nullité, les mentions expresses qui sont exigées de lui dans l'art 972; qu'on peut, par conséquent, admettre ici une certaine latitude, pourvu que du rapprochement des circonstances signalées et des faits matériels, il résulte que le procès-verbal de suscription contient tout ce qui est essentiel pour la validité de l'acte.

1644. Nous en dirions tout autant, si le notaire s'était borné à constater que le testament était scellé, sans ajouter qu'il était clos. C'est ce qu'a décidé la cour de Colmar par arrêt du 20 janvier 1824 (1).

(1) Dalloz, t. VI, p. 20. Tous les motifs de cet arrêt ne sont pas irréprochables; mais, au fond, la décision doit être suivie.

par la très-bonne raison qu'en combinant les différentes parties de l'acte de suscription, dont il s'agissait et les circonstances y relatives, il était évident qu'il y avait eu clôture et scel.

1645. S'il y a dans l'acte de suscription des circonstances qui doivent être nécessairement constatées, au moins par équipollents, il en est d'autres dont la mention est indifférente, parce qu'elles n'ont aucun caractère essentiel. Par exemple, il n'est pas nécessaire qu'il soit dit que l'acte de suscription a été écrit sur la feuille du testament ou sur son enveloppe (1). La cour de Bruxelles (2) a même décidé que la fausse énonciation de cette circonstance, faite par le notaire, ne peut vicier le testament; et en effet, il n'en saurait être autrement, puisque la mention n'est point nécessaire (3). Il n'est point non plus exigé qu'il soit fait mention que l'acte de suscription a été écrit de la main même du notaire (4), pourvu, du reste, qu'il résulte de l'état matériel que c'est le notaire lui-même qui a écrit l'acte.

1646. Lorsque le procès-verbal est ainsi dressé et parfait, il doit être signé tant par le testateur que

(1) Cour de Gênes, 29 décembre 1810 (Devill., 3, 2, 382).

(2) Bruxelles, 9 avril 1808 (Dalloz, t. VI, p. 34).

(3) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 3, n° 17, 2° et 3°.

(4) Grenier, n° 272. Delvincourt, note 8, sur la p. 85. Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 4, n° 6. Toullier, t. V, n° 481. MM. Duranton, t. IX, n° 127. Dalloz, ch. 6, sect. 5, art. 5, n° 2, t. VI. Vazeille, n° 19, sur l'art. 976. Coin-Delisle, n° 41, sur l'art. 975.

par le notaire, ensemble par les témoins. Il faut appliquer à cette formalité tout ce que nous avons dit plus haut sur les signatures (1).

Le notaire doit faire mention, dans l'acte de suscription, de la signature du testateur et des témoins. C'est là une formalité substantielle dans tous les actes publics (2); il n'est même pas nécessaire de recourir à la loi sur le notariat, pour en regarder l'observation comme nécessaire dans l'acte de suscription. Il suffit de se renfermer dans le texte de l'art. 976 qui, après avoir ordonné la signature par le testateur, le notaire et les témoins, dit que cela et tout ce qui précède doit être fait *uno contextu*. D'où il suit bien évidemment qu'il faut qu'il soit constaté que la signature du testateur et des témoins a eu lieu au moment de l'acte et non pas après. Si le notaire ne constatait pas que les signatures ont été apposées, comment saurait-on que toutes les formalités de l'acte de suscription ont été remplies de suite et sans divertir à d'autres actes (3)?

1647. Ceci sert à décider la question de savoir si, quoique la loi de ventôse exige que la mention des signatures soit placée à la fin de l'acte, l'acte de suscription du testament mystique est nul, parce que

(1) N.os 1493 et suiv.; 1578, 1579.

(2) Voy. loi du 25 ventôse an XI, art. 14 et 68.

(3) Un arrêt de la cour de Turin, du 11 novembre 1811 (*Palais*, 9, 687), argumente comme si la loi de ventôse était nécessaire pour décider ce point de droit. *Junge* les motifs d'un arrêt de cassat. du 16 février 1814, chambre civile (Devill., 4, 1, 537).

la mention des signatures a été mise à une autre place. La cour de cassation, par arrêt du 16 décembre 1834 (1), a décidé que la loi de ventôse ne saurait gouverner ce cas, et toute place est bonne pour recevoir cette énonciation.

Si le testateur qui a signé les dispositions secrètes se trouve, par un empêchement survenu depuis, dans l'impossibilité de signer l'acte de suscription, il devra être fait mention expresse par le notaire de sa déclaration à cet égard. Et ici encore peu importera la place que cette mention occupera dans l'acte (2). Il ne sera point, non plus, nécessaire d'augmenter le nombre des témoins, comme dans le cas de l'article 977.

1648. Quant à la mention de la signature du notaire à l'acte de suscription, elle n'est pas plus exigée ici que dans le testament par acte public (3).

1649. Reste à dire un mot de la mention de la lecture de l'acte de suscription; cette mention n'est pas exigée par notre article, et si le notaire omettait de la faire, il n'encourrait qu'une amende de 100 fr. d'après l'art. 13 de la loi de ventôse (4).

1650. Nous n'avons pas besoin de répéter que

(1) Sirey, 35, 1, 463.

(2) Bordeaux, 20 novembre 1833 (*J. Palais*, 1834, t. I, p. 525). Cassat., rej., 3 janvier 1838 (*J. Palais*, 1838, t. I, p. 199).

(3) *Suprà*, n° 1582.

(4) Cette amende a même été réduite à 20 fr. par l'art. 10 de la loi du 16 juin 1824.

l'acte doit être daté. C'est là une formalité substantielle dont l'omission entraînerait nullité (1); elle est d'autant plus nécessaire, que l'acte intérieur peut manquer de date (2).

1651. Enfin, la loi veut que toutes les opérations qui constituent le testament mystique soient faites de suite et sans divertir à d'autres actes. C'est là une condition que déjà nous avons eu occasion de toucher, en nous occupant de la loi romaine (3); elle exigeait unité d'action dans toutes les opérations testamentaires, dont l'accomplissement devait avoir lieu en un seul temps et sans intervalle (4). L'ordonnance de 1735 fit passer cette disposition au nombre des formalités des testaments mystiques, en se servant des mots adoptés depuis par le Code Napoléon, « de suite et sans divertir » à autres actes, » qui rendent d'une manière moins vague les idées du législateur romain.

Mais de cette obligation on ne doit pas conclure que si le testateur, ou l'un des témoins, se trouvait pressé de quelque besoin physique, il ne pût sortir de la chambre pour un instant. La loi romaine le

(1) Loi du 25 ventôse an XI.

(2) *Suprà*, n° 1623.

(3) N° 1507.

(4) « *Uno eodemque tempore.* » (Instit., § 3, *De testam. ordin.*) « ... *Uno eodemque die, nulloque actu extraneo interve-* » *niente.* » (Theod. et Valent., loi 21, C., *De testam.*) « ... *Est* » *autem uno contextu, nullum actum alienum intermiscere.* » (Ulpien, l. 21, § 3, D., *Qui testam. facere poss.*) « ... *In pri-* » *mis requiritur ut unico contextu fiat testamentum, nullo actu*

permettait d'une manière formelle (1). Cependant, Doneau (2) veut que cette faculté ne soit accordée qu'autant qu'il s'agit d'une nécessité prompte à remplir. Car, si le testateur ou l'un des témoins était obligé de s'éloigner pour un mal dont la guérison serait de quelque durée, le testament serait interrompu.

La loi *Hâc consultissimâ* (3) décide que ce n'est pas manquer à la continuité d'action, que de rédiger ses dispositions dans un temps et de remettre la suscription à une autre époque. C'est aussi ce que nous avons déjà dit (4), parce que ce sont véritablement les formalités de la suscription qui constituent le testament mystique, et que jusqu'au moment où l'on commence à les remplir, l'acte n'est encore qu'un projet (5). Du reste, l'art. 976 le fait suffisamment entendre (6).

Mais la mention que toutes les opérations concer-

» *extraneo, nullo contractu interveniente. Cùm enim testamentum solius testatoris voluntate constet, et ambulatorium ac mutabile sit, contractus verò duorum consensum seu conventionem contineat eamque unius arbitrio non infirmandam, contradictorium foret irrevocabile negotium revocabili testamento celebrari.* » (Voët, *Ad Pand.*, *Qui testam. facere possunt*, n° 4.)

(1) Justinien, l. 28, C., *De testam.* Voy., *suprà*, la note sous le n° 1553. Voy. aussi n° 1617.

(2) *Comm.*, lib. 6, cap. 8, n° 6.

(3) Justin., lib. 21, C., *De testam.*

(4) *Suprà*, n° 1624.

(5) Furgole, *Testam.*, ch. 2, sect. 3, n° 28.

(6) Grenier, n° 263. Merlin, Répert., v° *Testam.*, sect. 2, § 2, art. 5, p. 621. MM. Duranton, t. IX, n° 129. Coin-Delisle, n° 39, sur l'art. 976.

nant l'acte de suscription ont été accomplies, de suite et sans divertir à d'autres actes, est-elle nécessaire à peine de nullité? La loi n'a point exigé cette mention d'une manière spéciale; il suffit que l'unité de contexte résulte de l'ensemble des termes de l'acte de suscription (1).

1652. Telles sont les formalités que la loi exige pour le testament mystique. Ces formalités sont graves et importantes; la déclaration faite par le testateur au notaire et aux témoins, donne à ce testament le caractère d'un acte authentique. Un simple contrat passé devant un notaire et deux témoins est un acte authentique; à plus forte raison, en doit-il être de même du testament mystique, qui exige le concours d'un notaire et de six témoins au moins. Vainement on voudrait distinguer ici entre le testament même et l'acte de suscription, et soutenir que ce dernier seul est authentique. Ces deux actes n'en font qu'un : le testament est uni d'une manière indissoluble à l'acte de suscription, et il participe par cela même à l'authenticité de cet acte. Il doit résulter de là que ce testament n'est plus sujet à dénégation d'écriture ou de signature, qu'il ne peut être argué que par inscription de faux (2).

(1) Merlin, *loc. cit.*, art. 7, n° 5. Delvincourt, note 2, sur la p. 85. Favard, Répert., v° *Testam.*, sect. 2, § 4, n° 3. MM. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, n° 263, note *a*. Poujol, n° 14, sur l'art. 976. Vazeille, n° 21, sur l'art. 976. Dalloz, t. VI, p. 36. Coin-Delisle, n° 41 *in fine*, sur l'art. 976. *Junge* Cassat., rej., 8 février 1820 (Devill., 6, 1, 181).

(2) Bruxelles, 23 mars 1811 (Devill., 3, 2, 458). Metz, 8 mars 1821 (Devill., 6, 2, 378). Besançon, 22 mai 1845 (Devill., 46, 2, 46).

et que le juge ne peut en suspendre l'exécution (1).

1653. Nous avons vu (2) qu'un testament par acte public doit être passé en minute, à peine de nullité.

Mais il n'en est pas de même de l'acte de suscription d'un testament mystique, lequel, malgré son importance, n'est qu'un procès-verbal de faits matériels et ne renferme pas, comme le testament par acte public, la disposition de ce que le testateur laissera à son décès.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1735, il arrivait très-fréquemment que le testateur restait dépositaire, sur sa demande, de son testament mystique, et il a été jugé que cette pratique était dans la nature des choses (3). On ne trouve rien dans les lois nouvelles qui y soit contraire. Bien plus, le texte de l'art. 1007 du Code Napoléon, combiné avec l'art. 916 du Code de procédure, montre clairement que, dans la pensée de ces articles, l'acte de suscription n'est qu'un de ces actes simples qui peuvent se passer en brevet. En effet, ces deux articles supposent que le testament mystique peut se trouver ailleurs que dans les mains du notaire qui l'a reçu (4); qu'il peut être remis au

(1) Bordeaux, 9 7bre 1829 (*Palais*, 22, 1441). *Junge* Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 29. Toullier, t. V, n° 501. MM. Duranton, t. IX, n° 145. Dalloz, t. VI, p. 46. Vazeille, n° 23, sur l'art. 976. Coin-Delisle, n° 6, sur l'art. 697.

(2) *Suprà*, n° 1508.

(3) Riom, 1er décembre 1818 (Devill., 5, 2, 429. *J. Palais*, 14, 1096).

(4) Carré et Chauveau, *Lois de la procéd. civ.*, sur les art. 916 et 917.

président du tribunal par une personne autre que le notaire; enfin, le notaire qui a instrumenté en est si peu le dépositaire obligé, que le président peut, après l'ouverture, en confier la garde à tel notaire qu'il lui plait de commettre (1). Ces textes ont été évidemment formulés sous l'influence de pratiques toujours en usage et universellement attestées.

On conçoit, d'ailleurs, que l'écriture intérieure, qui n'est qu'une écriture privée, établisse un lien étroit entre le testateur et l'acte qui contient sa volonté. Pourquoi ne pourrait-il pas faire sur la pièce même des additions, des corrections, des modifications, puisque c'est son propre ouvrage? Sans doute, il ne le peut lorsque le testament est authentique, puisque l'instrument est l'œuvre du notaire. Mais le testament mystique a un tout autre caractère, et pour ne pas multiplier les testaments (ce qui est un inconvénient), le disposant peut très-bien apporter à l'acte les amendements qui résultent d'un changement de volonté.

Telle est, du reste, la jurisprudence (2). Il a même été jugé que le testateur qui a de justes raisons de modifier son testament mystique, a droit de se le faire remettre par le notaire qui en est dépositaire (3); ce n'est là qu'une conséquence de l'opi-

(1) Jaubert, *Rapport au Tribunat* (Locré, t. II, p. 472).

(2) Bruxelles, 2 juillet 1825 (Devill., 8, 2, 117)

(3) Paris, 10 juin 1848 (Devill., 48, 2, 356. *J. Palais*, 48, 2168), qui confirme un jugement (affaire Casariera) du tribunal de la Seine, du 11 décembre 1847 (Devill., 48, 2,

nion d'après laquelle le procès-verbal de souscription peut être passé en brevet.

1654. Quand un testament mystique est nul dans sa forme solennelle, il est possible qu'il se soutienne comme testament olographe, si l'écrit intérieur répond à toutes les conditions exigées pour la validité des testaments olographes.

Ce point a cependant été un sujet de controverse entre les auteurs. Quoi qu'il nous semble très-simple et très-clair, il suffit qu'il occupe une place considérable dans la science pour que nous croyons devoir nous y arrêter un instant.

Et d'abord, Cujas (1) a pensé qu'un testament olographe, dans lequel le testateur avait annoncé qu'il le ferait reconnaître devant témoins, était nul si cette formalité n'était pas remplie devant le nombre de témoins requis pour faire un testament public. Il se fonde sur un passage de la novelle de Valentinien (2), qui porte ce qui suit : « *Si kolographa* « *testamenta condantur, testes necessarios non pula-* « *mus; cùm tamen testium præsentiam testator elegerit,* « *legitimum numerum semper oportebit adhiberi.* »

Ricard (3) assure « qu'on peut avancer pour une maxime générale, qu'il est nécessaire que le testa-

45). Voy., *contrà*, une délibération de la chambre des notaires de Paris, du 6 février 1825, rapportée par Rolland de Villargues dans son *Code du Notariat*, p. 458.

(1) *Consultat.* 55.

(2) Novelle 2, Code de Théodose, *De testamentis*.

(3) Ricard, *Donat.*, part. 1, n° 1609 et suiv.

ment soit parfait en la forme en laquelle le testateur a commencé de disposer, et que, quoique cet acte ait des solennités suffisantes pour valoir en une autre forme permise par la loi ou par la coutume, il ne laissera pas de demeurer sans effet s'il n'est accompagné de celles qui sont requises pour l'accomplissement de l'espèce de testament en laquelle il a voulu disposer. » Ce jurisconsulte s'appuie sur la loi dernière au Code, *De codicillis*, sur la loi 19 au Code, *De fideicommissis*, et sur le paragraphe dernier aux Institutes, *De fideicommissariâ hæreditate*.

« Cette maxime, dit Ricard, est fondée sur ce que le défunt ayant témoigné vouloir faire son testament en une forme plus solennelle, il est censé n'avoir pas eu dessein de confier sa volonté dans une forme plus commune et moins assurée, et ainsi ne se trouvant pas parfait en la manière qu'il a choisie, l'acte qui a été fait n'est point suffisant pour faire foi de ses intentions. »

Le même auteur justifie son sentiment par deux arrêts du parlement de Paris, du 28 août 1575 et du 20 juillet 1655, dont le dernier jugea qu'un testament fait en présence de sept témoins fût déclaré nul, à cause du défaut de pouvoir du notaire dans le lieu où il instrumentait, et que la cour repoussa le moyen pris de ce qu'en pays de droit écrit (et c'était en pays de droit écrit que le testament avait été fait), l'on pouvait valablement tester en présence de sept témoins, sans notaire; le parlement fut déterminé à rejeter ce moyen, parce que le testateur avait eu intention de tester devant notaire.

On peut joindre à cette opinion celle d'un professeur de droit fort estimé, Serres, qui (1) enseigne « qu'on ne peut pas régulièrement convertir » une espèce de testament en une autre, et que tout » testament doit être parfait dans la forme en la- » quelle il a été commencé et fait. »

Chabrol, commentateur de la coutume d'Auvergne, qui jouit d'une grande considération parmi les jurisconsultes de ce pays, professe la même doctrine (2). M. Grenier (3) et M. Merlin (4) ont pendant quelque temps partagé l'opinion de ces auteurs.

D'autres jurisconsultes ont pensé, au contraire, que la faveur des dernières dispositions devait faire supposer que l'intention du testateur avait été de tester dans la forme réellement observée par lui. Ils se fondent à cet égard sur la loi 12, D., *De rebus dubiis*, et sur la loi 3, D., *De test. milit.*, qui admet en termes formels cette présomption, et déclare que le testament d'un soldat, nul comme testament solennel, vaut toujours comme testament militaire, malgré la volonté exprimée par le testateur de faire un testament solennel ; car, dit Ulpien, « *nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua* (5). »

(1) Serres, *Instit. au droit français*, l. 2, t. X, § 3.
(2) Chabrol *sur la cout. d'Auvergne*, t. II, p. 58.
(3) Grenier, n° 276.
(4) Merlin, Quest. de droit, v° *Testament*, § 6, p. 267, la note p. 269 et suiv.
(5) Ulpien, l. 3, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, 8, 2, p. 226, n° 14.

Tel est l'avis d'Henrys (1), qui s'appuie sur le sentiment du président Favre (2). C'est aussi celui de M. Toullier (3); et enfin, c'est à cet avis que sont revenus, en dernier lieu, M. Merlin et M. Grenier.

Il nous semble que c'est aussi le seul que l'on puisse suivre, et pour le prouver nous allons discuter toutes les raisons opposées *ex adverso*.

D'abord, l'argument que Ricard tire des lois romaines n'est rien moins que concluant. Ces lois sont rendues sur la question de savoir si un testament nul comme tel peut valoir comme codicille, et elles prononcent très-justement la négative. Mais ce cas est fort différent du nôtre. Car un testament et un codicille sont deux actes d'une nature toute différente dans le droit romain. Le testament faisait un héritier, le codicille sans testament était un acte *ab intestat;* tellement que l'héritier *ab intestat* était seul héritier, et qu'il se trouvait seulement grevé des legs comme fidéicommis; ce qui lui donnait le droit de retenir la quarte Trébellianique (4). Il était bien clair que, par cela seul que le testateur avait voulu faire un testament, il n'avait pas songé à codiciller, et que le testament ne pouvait valoir comme codicille qu'en vertu de la clause codicillaire expresse, c'est-à-dire en vertu d'une volonté du défunt clairement manifestée.

(1) Henrys, l. 5, ch. 1, quest. 2 et 3; ch. 4, quest. 67.
(2) Favre, *De error. pragm.*, decad. 75, error. 6.
(3) Toullier, t. V, n° 480.
(4) Ricard, *loc. cit.*, n° 1431.

Mais, dans l'espèce que nous discutons, il ne s'agit pas de convertir un acte d'une espèce en un acte d'une espèce opposée soit par l'essence, soit par les résultats ; il s'agit, ce qui est tout autre, de savoir si un testament nul en une forme, peut valoir en une autre forme testamentaire (1).

Ainsi, Ricard n'aurait pas dû se laisser influencer par les lois romaines qu'il cite mal à propos; la loi 3, D., *De test. militis*, était la seule décisive, puisqu'il s'y agit véritablement de la conversion d'un testament en un autre testament; et tandis que Ricard n'y voit qu'un cas exceptionnel en faveur du soldat, il nous semble qu'il eût été plus digne de sa pénétration d'y trouver la règle générale de notre matière (2).

Sans doute le cas dont s'occupe la loi 3, D., *De*

(1) Voy. *suprà*, n° 47.

(2) La raison de décider, adoptée par Ulpien, est si bien considérée comme faisant une règle générale, que Menochius en a tiré le principe que, lorsqu'une personne peut faire un acte d'après le droit commun et d'après un droit spécial, et que l'acte ne vaut pas *jure communi*, il doit valoir *jure speciali* : « *Primus casus est quandò actus non potest valere et* » *sustineri jure communi. Tunc præsumitur confectus de jure* » *speciali et priviligiato.* » Menochius s'appuie sur l'autorité d'Alciat et de plusieurs autres, qui veulent même que cette règle ait lieu *quandò actum conficiens destinatisse uti jure communi* (lib. 6, *præsc.* 6, n° 1 *et seq.*) ; ce qu'approuve Menochius, *præsc.* 4, n° 37, par la raison qu'à moins de preuve ou de paroles contraires, on ne peut supposer que le testateur ait exclu et répudié son privilége spécial, s'il eût su qu'il faisait une chose nulle suivant le droit commun.

test. militis, est particulier au soldat et ne pouvait pas se présenter pour un citoyen ordinaire. Il s'agissait d'un soldat qui avait manifesté l'intention de tester *jure communi*, et dont le testament était resté imparfait. On demandait si ce testament, nul comme solennel et n'ayant aucune forme du droit civil, pouvait valoir comme militaire, et dans l'espèce posée, ce moyen ne pouvait être invoqué qu'en faveur du soldat dont les dernières dispositions valaient *nudâ voluntate*. Si c'eût été un simple citoyen qui eût testé, on n'aurait pas hésité à dire : Le testament est nul sans ressource ; il ne s'y trouve aucune des solennités requises par la loi pour faire valoir les dernières volontés. Mais c'est un soldat dont le testament est soumis à l'examen, c'est-à-dire un homme qui jouit du privilége de n'être assujetti à aucune forme testamentaire. Voyons si son testament ne vaudra pas comme manifestation d'une nue-volonté. Voilà en quoi la loi 3 (1) statue sur un cas particulier au soldat. Mais ce cas particulier, Ulpien le résout par une règle générale : « *Neo credendus est* » *quisquam genus testandi eligere ad impugnandâ ju-* » *ricta sua : sed magis utroque genere voluisse propter* » *fortuitos casus.* » QUISQUAM, dit Ulpien, et ce mot a une telle latitude qu'il prouve évidemment que le jurisconsulte appliquait ici une maxime faite aussi bien pour les citoyens ordinaires que pour les soldats, une de ces maximes, en un mot, dont la généralité vient éclairer tous les cas particuliers. Ce se-

(1) D., *De testam. militis.*

rait donc une erreur de croire que la loi 3 constituait un privilège pour le seul soldat; si l'espèce prévue est particulière au soldat, la raison de décider est générale, et c'est cette raison dont nous nous emparons pour résoudre les difficultés du même genre qui peuvent se présenter dans les testaments paganiques.

Ainsi, par exemple, voyons si un testament paganique solennel, qui manquera de quelques formalités, pourra valoir comme nuncupatif verbal. On sait que, quoique le testament solennel soit ordinairement secret, cependant le testateur peut en donner connaissance aux sept témoins appelés pour la suscription (1). Supposons que, par une confiance entière dans les témoins, le testateur leur ait révélé le contenu de l'écrit intérieur, et qu'ensuite ce testament soit nul comme solennel: pourra-t-il, dans ce cas, valoir comme nuncupatif, étant revêtu des formalités particulières à ce testament, qui n'exige que la déclaration verbale des dernières dispositions sans le secours de l'écriture? On voit qu'il s'agit ici de conversion, comme dans la loi 3, D., *De test. milit.*, et comme dans la question que nous discutons. Eh bien! les arrêts et les auteurs s'accordent à dire que le testament vaut comme nuncupatif, à moins que le testateur n'ait déclaré qu'il voulait que son testament ne valût que comme solennel. C'est ce que décident Socin (2), Bartole (3), Paul de

(1) *Suprà*, n° 1618.
(2) Socin, *conseil* 135.
(3) Bartole, *Infort.*, ad lib. 29, D., *De jure codicill.* L. 20

Castro (1). Menochius (2) n'hésite pas à dire que si quelqu'un veut faire un testament écrit et qu'il en omette les solennités, son testament vaudra comme nuncupatif, s'il a observé les formalités du testament nuncupatif. Grassus (3) dit formellement : « *Vera et* » *communis opinio est quod tale testamentum (id est tes-* » *tamentum in scriptis imperfectum ratione solemnitatis)* » *valeat ut nuncupativum, nisi expressè avctasset se ad* » *testamentum in scriptis, quia fortè aliter noluit va-* » *lere, vel noluit suam voluntatem testibus esse notam;* » *et ità tenent omnes doctores; in dubio enim non est* » *verisimile testatorem se restringere ad unam viam* » *testandi, et sic eligere iter per quod ejus judicium* » *impugnaretur* (4). »

Enfin Lapeyrère (5) rapporte un arrêt de la

in fine, t. III, p. 172, col. 2 : « *Aut enim apparet*, dit cet au- » teur, *quod testator volebat condere in scriptis... testamentum,* » *et testamentum non valet ut nuncupativum ; aut non constat,* » *tunc illa nominatio hæredis, si est facta coràm legitimo nu-* » *mero testium, et valet ut testamentum nuncupativum.* » Rien n'est plus formel que cette décision, rendue dans un cas où il s'agissait d'une institution d'héritier *in scriptis*, nulle comme telle.

(1) Sur la l. *Hæred. palam.*, D., *Qui testam. fac. poss.*

(2) Menochius, *De præsumpt.*, lib. 4, *præsumpt.*, 2, n°s 14 et *seq.*

(3) L'opinion de cet auteur est citée dans l'ouvrage intitulé : *Syntagma opinionum communium.*

(4) Mantica, *De conject. ultim. vol.*, l. 1, t. VII, n° 6, p. 12 : « *Communis doctorum Schola*, dit-il, *concludit, testamentum ut* » *nuncupativum sustinere debet, si non valet tanquàm in scriptis* » *conditum.* »

(5) Lapeyrère, lettre 5, n° 46.

deuxième chambre des requêtes du parlement de Bordeaux, du 5 septembre 1672, qui juge que le testament qui ne peut valoir comme solennel *de scriptis*, peut valoir comme nuncupatif, et c'est aussi l'avis du président Cambolas (1) et de D'Olive (2), qui s'appuient sur des arrêts (3) du parlement de Toulouse dont ils étaient membres tous deux. Nous ne connaissons aucun auteur de quelque considération qui ait décidé cette question en sens contraire. Car nous ne croyons pas qu'on puisse tirer une induction quelconque de ce que dit Furgole (4).

L'on voit que cette opinion généralement accréditée, jointe au principe général contenu dans la loi 3, D., *Test. milit.*, rend inadmissible cette prétendue règle de Ricard et de Serres, qu'un testament doit valoir en la forme commencée. C'est en vain que Ricard oppose la présomption, que le défunt ayant témoigné vouloir faire son testament en une forme plus solennelle, n'est pas censé avoir eu le dessein de confier sa volonté dans une forme plus commune et moins assurée; on lui opposera cette présomption bien plus naturelle, bien plus conforme au désir qu'ont tous les hommes de faire survivre leur volonté à eux-mêmes. « *Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua, sed magis utroque genere voluisse, propter fortuitos casus.* »

(1) L. 3, ch. 46.

(2) *Questions notables de droit*, liv. 5.

(3) Arrêts du parlement de Toulouse, des 15 mars 1631 et 22 mai 1632.

(4) Furgole, ch. 2, sect. 2, n°s 26 et suiv.

Et tandis que cette présomption se trouve encore dérivée de la loi 6, § 2, D., *De jure codicill.* (1), et concorder avec cette autre règle, que ce qui abonde ne vicie pas : « *Non solent quæ abundant vitiare scripturas,* » la présomption posée comme règle par Ricard ne se trouve consignée dans aucun texte de quelque valeur.

M. Toullier donne une autre preuve que le choix d'un genre d'actes n'exclut pas tout autre acte dont les formalités se trouvent avoir été remplies à défaut de celles qui pouvaient valider celui que l'on avait d'abord choisi. C'est que l'acte public, nul comme tel, vaut cependant comme acte sous signature privée, s'il est souscrit de toutes les parties (2).

Nous trouvons donc déjà qu'une loi du Digeste décide que le testament d'un soldat, nul comme solennel, peut valoir comme testament militaire ; qu'une foule d'auteurs dont les opinions ont été sanctionnées par des arrêts ont décidé qu'un testament mystique nul, vaut dans le droit romain comme nuncupatif verbal, s'il a été prononcé devant les témoins. Quelle serait donc la raison qui empêcherait un testament solennel, manquant de quelques formalités essentielles, de valoir comme olographe, s'il était écrit, daté et signé de la main du testateur ? Nous n'en voyons absolument aucune ; il est même certain que celui qui a fait son testament olographe, et qui veut ensuite le faire revêtir des for-

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 263, n° 6.

(2) Art. 68 de la loi de ventôse an XI. Art. 1318 C. Nap.

malités du testament mystique, n'est le plus souvent porté à prendre ce parti que par précaution et pour mieux assurer l'existence de sa volonté, bien loin de vouloir la détruire. Le testament olographe n'est presque toujours connu que du testateur et de l'héritier légitime. Le testateur peut craindre que ce dernier ne se porte à le supprimer; alors il le fait revêtir de la suscription, assuré dès ce moment que, sept personnes sachant qu'il a testé, toute suppression de la part de l'héritier deviendra impossible à consommer dans le secret. D'ailleurs, l'écriture est sujette à vérification dans le testament olographe, et il est possible que le testateur, voulant éviter à son légataire les inquiétudes de cette vérification, ait fait dresser la suscription, qui, comme dit élégamment Paul (1): « *Interiori fidem servat.* »

Tout cela, disons-nous, est l'effet d'une précaution louable, mais ne prouve en aucune manière que le testateur ait voulu exclure la forme olographe, et faire exclusivement dépendre la preuve de sa volonté des formes du testament mystique. S'il l'avait voulu, il l'aurait dit: mais, dans son silence, on ne peut admettre une présomption si contraire à l'estime que chacun fait de mourir avec un testament respecté (2).

(1) Paul, *Sententiæ*, l. 5. *Ad leg., Cornel., Testam.* tit. 25, § 6. Voy. Cujas, ad tit., C., *De testam.*

(2) On peut appliquer aux testaments mystiques, dont l'écrit intérieur est un testament olographe, ce que Menochius disait du testament *in scriptis*, revêtu des formalités nuncupatives : « *Dicitur quædam mista species testamenti,*

Aussi, la jurisprudence des cours souveraines a-t-elle toujours incliné pour la conversion du testament mystique en testament olographe, lorsqu'elle était possible, et M. Merlin rapporte (1) un arrêt du parlement de Dijon du 1er août 1748, qui a jugé valable comme olographe un testament destitué des formes du testament solennel. L'héritier *ab intestat* se pourvut au grand conseil contre cet arrêt, mais il fut débouté de sa demande en 1751.

Ajoutons que l'ordonnance de 1629 admettait, dans son article 126, qu'un testament olographe était toujours valable quoique le testateur eût voulu par la suite le faire revêtir des solennités des testaments mystiques, et que les solennités eussent été imparfaitement remplies. A la vérité, cette ordonnance n'était pas observée dans la plus grande partie du royaume. Mais, au jugement de Bretonnier, c'était un monument de la sagesse de M. de Marillac, garde des sceaux, qui la rédigea, et elle peut faire autorité comme raison écrite. M. Grenier (2) en tire, à la vérité, la conséquence que l'auteur de cette ordonnance reconnaissait le principe qu'un testament devait être parfait en la forme choisie, et qu'il voulait y déroger. Tout ce que prescrit le législateur ne suppose pas un usage contraire

» *et communem esse sententiam asseruit ipse Vasquius, qui* » *scripsit, quod* UNA FORMA ALTERAM NON CONSUMIT, *sed ambæ* » *simul concurrere, et esse possunt, quod ait probari.....*»

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 4, art. 4, p. 763, col. 1.

(2) Grenier, *loc. cit.*, n° 276, t. II, p. 570, éd. de M. Bayle-Mouillard.

précédemment suivi : de ce que le Code Napoléon trace à la donation des formalités particulières qu'il veut être observées à peine de nullité, s'ensuit-il que ces formes sont nouvelles, qu'elles étaient inconnues sous le régime de l'ordonnance de 1731? On sait que rien n'est plus périlleux que ces arguments *à contrario*, comme Ricard le dit quelque part dans son traité *Des donations* D'ailleurs, M. de Marillac pouvait avoir eu sous les yeux la jurisprudence particulière du parlement de Paris, qui s'opposait à la conversion des testaments, et avoir voulu la ramener à la jurisprudence des parlements de Toulouse et de Bordeaux ; hypothèse qui prouverait, du moins, qu'aux yeux d'un magistrat de ce savoir et de cette sagesse, cette dernière jurisprudence dont Cambolas cite un monument qui remonte au 4 janvier 1605, était la meilleure. Elle est, en effet, puisée à la source du droit romain, et dans la plus saine interprétation des volontés des mourants. Quant à la novelle de Valentinien, j'ai dit ci-dessus (1) que Justinien l'avait rejetée, et qu'il paraît même qu'elle n'a jamais été observée. D'ailleurs, si on voulait la considérer comme raison écrite, on lui opposerait, avec succès, l'ordonnance de 1629 qui est aussi un monument de la raison écrite, et qui doit surtout avoir un grand poids aux yeux des jurisconsultes français.

Il ne nous reste plus qu'à examiner les raisons qui ont un instant séduit M. Merlin et qui ont été

(1) *Suprà*, n° 1463.

développées dans la troisième édition de ses Questions de droit (1).

L'art. 979 du Code civil (disait M. Merlin) veut que le muet qui fait un testament mystique, commence par écrire, dater et signer ce testament, c'est-à-dire par lui donner la forme d'un testament olographe; et non content de ce préliminaire qui, pourtant, suffirait pour assurer l'exécution de la volonté du testateur, s'il n'avait pas en vue la forme mystique, il veut que le testateur le présente au notaire et aux témoins, qu'il écrive la déclaration que c'est là son testament, etc. Si une de ces formalités n'est pas observée, quel sera le sort du testament? Il sera nul, dit l'art. 1001. Il sera nul: il ne vaudra donc pas comme testament olographe! Et pourquoi? C'est que la loi ne considère le testament écrit, daté et signé de la main du muet, que comme un projet subordonné à l'accomplissement des formalités voulues pour les testaments mystiques, et que si ces formalités ne sont pas observées, elle adopte cette maxime de Godefroy (2): « *Præsumitur testator justas solemnitates omittens, solemnis voluntatis pœnituisse, et perlusorium actum facere voluisse.* »

Cette argumentation est plus subtile que solide, et elle avait pour résultat de mettre M. Merlin en contradiction avec ce qu'il avait dit précédemment (3).

(1) Merlin, Quest. de droit, v° *Testament*, p. 269.

(2) Godefroy sur la loi 14, C., *De testam.*

(3) Merlin, Quest. de droit, *loc. cit.*, § 6.

Il avait d'abord soutenu qu'avant le Code Napoléon, le testament, nul comme testament mystique, pouvait valoir comme testament olographe. Or, cet article 979 du Code n'est que la copie textuelle de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735, qui, combiné avec l'article 47 de la même ordonnance, donne absolument le même résultat que l'art. 979 conféré avec l'article 1001. Il y avait donc inconséquence à se prononcer pour la validité du testament avant le Code Napoléon, et pour la nullité depuis ce Code?

Mais, dira-t-on, l'ordonnance de 1629, dont nous avons fait connaître ci-dessus l'art. 129, faisait loi dans quelques parties du royaume, même sous l'ordonnance de 1735; elle était notamment reçue à Bayonne, et c'est pour cela que M. Merlin soutient la validité d'un testament qui, fait dans cette ville, était nul comme mystique et valait comme olographe (1). Nous dirons, d'abord, que M. Merlin, dans les réflexions qui précèdent son réquisitoire, examinant la question sous un point de vue général, se décidait pour la validité, même indépendamment de l'ordonnance de 1629. Mais, ensuite, pourquoi cette ordonnance faisait-elle loi dans quelques ressorts, même sous l'ordonnance de 1735? C'est, qu'apparemment, elle n'était pas contraire aux art. 12 et 47 de l'ordonnance de 1735. Car si elle y eût été contraire, elle aurait été abrogée par l'art. 82 de cette dernière ordonnance, portant : « Voulons, au surplus, que la » présente ordonnance soit gardée et observée à

(1) Merlin, *loc. cit.*, réq. du 28 thermidor an XI.

» compter de sa publication, abrogeons toutes or-
» donnances, lois, coutumes, statuts et usages diffé-
» rents, ou qui seraient contraires aux dispositions
» y contenues. » Concluons donc, d'après M. Merlin lui-même, que les articles 12 et 47 de l'ordonnance de 1735, qui prononçaient la nullité d'un testament mystique écrit tout entier, daté et signé de la main du testateur, lorsqu'il lui manquait quelques formalités voulues par la loi, ne contenaient rien de contraire au principe qu'il pouvait valoir comme olographe ; et pourquoi ? c'est que personne ne disconvient qu'il ne fût nul comme mystique ; mais on soutient sa validité comme olographe. Voilà pourquoi l'arrêt du parlement de Dijon du 1er août 1748, rendu, par conséquent, sous le régime de l'ordonnance de 1735, n'est pas contraire à cette ordonnance, et qu'un arrêt du conseil en prononça le maintien.

Comment serait-il donc possible que ce qui était vrai, selon M. Merlin, sous l'empire de l'ordonnance de 1735, fût faux sous le Code Napoléon, qui n'en est que la répétition ?

Ensuite, comment ne voit-on pas que l'art. 1001 doit être entendu *secundùm subjectam materiam;* qu'en le combinant avec l'art. 979, il n'envisage le testament que dans l'ensemble des dispositions qui le rendent mystique, et que c'est sous ce point de vue seul qu'il prononce la peine de nullité pour les omissions essentielles ; mais qu'il n'était pas du sujet du législateur de l'envisager sous le rapport d'un testament olographe, et qu'en déclarant sa nullité

comme mystique, il laisse entière la question de savoir s'il est aussi olographe?

M. Merlin disait encore qu'aux yeux de la loi le testament olographe qu'on veut faire revêtir de la forme solennelle, n'est qu'un projet subordonné à l'accomplissement des formalités notées par le testament mystique. Mais de quel texte du Code Napoléon tire-t-il cette révélation? Assurément, il faut faire une grande violence aux art. 979 et 1001, pour leur faire dire une chose si contraire à ce qui se passe journellement, et à l'esprit qui a dicté la loi 3, Dig. *De test. milit.*, aussi bien que la jurisprudence que nous avons analysée. M. Merlin ne met-il pas un peu trop de côté, dans cette interprétation subtile, la règle que les lois doivent être entendues *secundum subjectam materiam*? Est-il possible de voir dans les art. 979 et 1001, autre chose, sinon que le testament est nul comme testament mystique?

Pour nous, nous aimons mieux nous en tenir à la présomption d'Ulpien, que d'admettre que le testateur n'a voulu faire qu'un simple projet. Nul n'est censé choisir une forme de tester pour détruire sa propre volonté; il faut plutôt supposer que le testateur, conduit par un esprit de prévoyance, a eu en vue « *utrumque testandi genus propter fortuitos casus.* »

Quant à la maxime de Godefroy, maxime d'une vérité éternelle, elle n'est faite que pour le cas où le testament n'a aucune formalité du droit civil. Il ne faut donc pas l'appliquer au cas où des solennités légales soutiennent ce testament.

Ainsi, sous quelque point de vue qu'on envisage

cette opinion que voulut un instant faire prévaloir M. Merlin, on comprend qu'elle ne pouvait être appelée à faire autorité.

Du reste, M. Merlin, ainsi que nous venons de le dire, changeant de système, et revenant sur son opinion, a reconnu franchement qu'il s'était trompé (1).

M. Grenier ne tarda pas non plus à se laisser entraîner à la suite de M. Merlin, à la rétractation de son opinion (2).

Toutefois, à cette même époque, où M. Merlin et M. Grenier confessaient les erreurs dans lesquelles ils étaient tombés sur la question, un arrêt de la cour de Poitiers du 28 mai 1824 (3), très-faiblement motivé, se rangeait à l'opinion de Ricard et à ce prétendu principe, qu'un testament doit être parfait dans la forme choisie par le testateur.

Mais depuis cette époque, la jurisprudence (4) et la grande majorité des auteurs (5) ont admis la validité du testament comme testament olographe.

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 762. « De nouvelles réflexions, dit-il, me portent à croire que je me suis trompé! »

(2) Grenier (3e édit.), n° 276 *bis*.

(3) 28 mai 1824 Devill., 7, 2, 371, Dalloz, 25, 2, 64.

(4) Bastia, 14 mars 1822 (Dalloz, *J. G.* t. VI, p. 45). Nîmes, 30 mai 1823 (Devill., 7, 2, 222) Caen, 26 janvier 1826 (Devill., 8, 2, 184) Dijon, 28 février 1827, et Caen, 22, 23 décembre 1828 (Devill., 9, 1, 205; *Palais*, 22, 495. Voy. aussi, antérieurement, un arrêt d'Aix du 18 janvier 1808 (Devill., 2, 2, 392).

(5) MM. Duranton, t. IX, n° 138. Solon, *Théorie des nul-*

1655. La question se simplifie beaucoup, lorsque le testateur a énoncé la volonté que son testament valût dans la meilleure forme; alors la conversion ne peut plus faire de doute; elle procède de la volonté du disposant, selon Mantica (1). La clause *omni meliore modo* suffit pour autoriser la conversion. Cependant, il arrive souvent que cette clause doit être plutôt considérée comme de style, que comme procédant de la volonté formelle du testateur; mais, dans le doute, il faut supposer que le notaire n'a fait qu'obéir à l'injonction du testateur. « *Et* » *quidem notarius censetur rogatus ut apponat omnes* » *clausulas solitas apponi* (2). »

lités, t. II, n° 125. Vazeille, n° 18, sur l'art. 976. Poujol, n° 27, sur l'art. 976. Massé, *Parf. notaire*, t. I, p. 408. Delaporte, *Pandectes françaises*, t. IV, p. 335. Dalloz, ch. 6, sect. 5, art. 7, n°s 1 et suiv. Marcadé, n° 40, sur l'art. 976. Voy., *contrà*, Favard, Répert., v° *Testament*, sect. 1, § 4, et Coin-Delisle, n° 15, sur l'art. 976.

(1) Mantica, *De conject. ultim. vol.*, lib. 1, t. IX, n° 11.

(2) Mantica, *loc. cit.*, l. 1, t. IX, n° 2, et l. 1, t. X, n° 2. Voy. un arrêt de la cour de Bourges, du 10 août 1813 (Devill., 5, 1, 59), qui juge qu'un testament écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, revêtu des formalités du testament mystique, et qualifié dans l'acte de suscription de testament olographe, peut valoir comme tel, en cas d'irrégularité dans la forme mystique. — Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la chambre des requêtes de la cour de cassation, le 6 juin 1815 (Devill., 5, 1, 59).

ARTICLE 977.

Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre porté par l'article précédent, lequel signera l'acte avec les autres témoins; et il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé.

SOMMAIRE.

1656. De la nécessité d'appeler un témoin supplémentaire à l'acte de suscription, lorsque le testateur ne sait signer ou n'a pu le faire.

1657. Le notaire doit mentionner la cause pour laquelle ce témoin a été appelé.

1658. La présence de ce témoin est exigée pour tout l'ensemble de l'opération.

COMMENTAIRE.

1656. Lorsque l'écrit intérieur est signé du testateur, six témoins suffisent pour la perfection de l'acte de susciption; c'est ce que nous venons de voir dans l'article précédent.

Mais lorsque l'écrit qui contient les dispositions n'est pas signé, soit parce que le testateur ne sait pas signer, soit parce qu'il ne le peut, alors il faut appeler un septième témoin, lequel signe avec les autres témoins l'acte de suscription.

L'ordonnance de 1735 le voulait ainsi, et notre article 977 est la reproduction textuelle de l'art. 10 de cette ordonnance.

1657. Le notaire doit faire mention de la cause pour laquelle ce témoin supplémentaire a été appelé. L'omission, à cet égard, constituerait une nullité. Mais peu importe la place de l'acte où se trouve cette mention ; il suffit qu'elle s'y trouve positivement (1).

Pour remplir le vœu de la loi, le notaire devra constater que le témoin a été appelé, parce que le testateur n'a pas su ou n'a pas pu signer (2). Dans ce dernier cas, il ne sera pas nécessaire de préciser la cause spéciale de l'impossibilité de signer (3).

1658. Il ne suffirait pas, du reste, que le témoin fût appelé à la fin de l'opération. Il doit, comme les six autres témoins, assister à la présentation, à la déclaration et à tout l'ensemble de l'opération.

Dans une espèce soumise à la cour de Bordeaux, il avait paru douteux, d'après la rédaction de l'acte de suscription, que le septième témoin eût assisté au commencement des opérations. Voici comment le notaire avait dressé l'acte de suscription :

« Aujourd'hui..... par-devant nous notaire soussigné, présents les témoins ci-nommés et ainsi

(1) Cassat., rejet de Bordeaux, 5 janvier 1858 (Devill., 58, 1, 241).

(2) Furgole, ch. 2, sect. 3, n° 29 (édt. de 1775).

(3) Mr Coin-Delisle, n° 6, sur l'art. 977.

» soussignés, a comparu M. Saleles...., lequel a » présenté au dit notaire et aux dits témoins le pré- » sent papier ainsi clos et scellé, qu'il a dit conte- » nir son testament, qu'il a fait écrire par une per- » sonne de confiance, qu'il a lu, mais qu'il n'a pas » signé, n'ayant pu le faire à raison de l'extrême » faiblesse de sa main.... Mais les dits témoins ont » signé avec le notaire. » — Fait en outre les mêmes » jours, mois et an que dessus, en présence du sieur » Antoine Leyx, témoin expressément appelé à rai- » son de l'impuissance de signer qu'éprouve le sieur » Saleles...., lequel Leyx a signé avec le notaire, » soussigné et les autres témoins plus haut dénom- » més, le tout après lecture faite. »

On prétendit que cet acte de suscription était irrégulier, en ce qu'il résultait de son contexte que le septième témoin n'avait pas assisté aux présentation et déclaration faites par le testateur, contrairement à la disposition expresse de l'art. 977. Par arrêt du 20 novembre 1833, la cour de Bordeaux (1), sans contester, qu'en effet, la présence du septième témoin ne fût requise pour l'ensemble de l'opération, s'appliqua à démontrer qu'il résultait du contexte de l'acte que la présence des sept témoins avait été simultanée. En effet, dans la première partie de l'acte de suscription, il était dit que le testateur avait présenté le papier clos et scellé au notaire et aux témoins, les sommés. Quant à la deuxième partie de l'acte, ses termes indiquaient une correlation néces-

(1) Bordeaux, 20 nov. 1833, rapporté avec l'arrêt de la cour de cassat. (Devill., 38, 1, 244).

saire avec la première, de telle sorte que les deux parties de la suscription s'enchaînaient et ne formaient qu'un seul et même contexte.

Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la chambre des requêtes de la cour de cassation (1).

Article 978.

Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, ne pourront faire de disposition dans la forme du testament mystique.

SOMMAIRE.

1659. Pourquoi ceux qui ne savent pas lire ne peuvent tester en la forme mystique?
1660. *Quid* des aveugles?
1661. Peu importe que le testateur sache lire l'imprimé, s'il ne sait pas lire l'écriture.
1662. A qui incombe la preuve que le testateur ne pouvait ou ne savait lire?
1663. Il n'est pas nécessaire que le testament mystique, écrit par un tiers, mentionne qu'il a été lu par le testateur.

COMMENTAIRE.

1659. Voici les motifs de cette disposition empruntée à l'art. 11 de l'ordonnance de 1735. Celui qui sait et peut lire, peut, en dictant ses dispositions, veiller à ce qu'elles soient fidèlement écrites. Au

(1) Cassat., 3 janvier 1838 (Devill., 38, 1, 244).

contraire, celui qui n'a pas cette faculté ne peut user de cette surveillance et de cette vérification, et dès lors la loi n'aurait aucune garantie que le papier qu'il présenterait comme contenant ses dernières volontés, les contînt en effet (1).

1660. On a conclu de là qu'un aveugle qui a su lire, mais que la cécité empêche de lire au moment où il veut rédiger ses dernières volontés, ne peut tester par testament mystique (2). La loi romaine (3) interdisait aux aveugles de naissance ou à ceux qui l'étaient devenus par maladie ou accident (*carentes oculis seu morbo, seu ità nati*) de faire leur testament dans une forme autre que la forme orale. On a vu que l'ordonnance de 1735 contenait la même disposition.

En supposant même que le testament que l'aveugle veut faire revêtir de la forme mystique ait été écrit par lui en entier (4), soit qu'il l'ait écrit à une époque où il n'était pas encore atteint de cécité, soit même qu'il l'ait écrit en état de cécité, (ce qui peut se faire ainsi que nous l'avons fait observer plus haut) (5), ce testament ne pourrait valoir, d'après les termes précis de notre article, comme testament

(1) Grenier, n° 259.

(2) Rousseau-Lacombe sur l'art. 9 de l'ordonnance. Ricard, part. 1, n° 1474.

(3) Instit., § 4, *Quibus non est permiss.*, combiné avec la loi 8 au Code, *Qui test. facere possunt.*

(4) Furgole, ch. 2, sect. 3, n° 29 *in fine*. Catellan, l. 2, ch. 12.

(5) N° 540.

mystique, parce qu'il peut n'être pas certain que l'aveugle ne s'est pas trompé dans le choix du papier présenté à la souscription. D'un autre côté, il peut avoir écrit plusieurs testaments, et comme il ne saurait vérifier par lui-même l'identité du papier présenté au notaire et aux témoins, il serait exposé à des erreurs et à des surprises contre lesquelles son état de cécité ne lui permet pas de se mettre en garde.

Cependant, hâtons-nous de dire que son testament, étant nul comme mystique, solennel, pourrait valoir comme olographe, s'il était écrit signé et daté de sa main. On se rappelle ce que nous avons dit ci-dessus de la capacité de l'aveugle pour tester par la forme olographe (1).

1661. Si le testateur savait lire l'imprimé, sans savoir lire l'écriture de main, comme beaucoup de gens illettrés qui se trouvent dans ce cas, il ne pourrait tester en la forme mystique. C'est seulement de l'écriture de main que le législateur a entendu parler ici.

1662. Mais quelle est celle des parties qui doit prouver que le testateur ne pouvait ou ne savait lire? Furgole examine cette question (2) et la résout avec Catellan (3) par les distinctions suivantes :

« Si le testateur avait su lire autrefois, et qu'il » ne le pût pas lors de la disposition, c'est à celui

(1) N° 540.
(2) Furgole, *loc. cit.*
(3) Catellan, *loc. cit.*

qui fonde la nullité sur le défaut de pouvoir lire, » prouver le fait, à moins que l'acte ne le justifiât, parce qu'aveuglement ou affaiblissement » de la vue est un événement contraire à l'état na- » turel (1).

» Que si la nullité est opposée de ce que le testa- » teur ne savait pas lire, ou bien le testament ou » l'acte de suscription justifie que le testateur savait » lire, comme s'il est dit qu'il a lu sa disposition, ou » s'il y a une présomption, comme si le testateur a » signé, ce qui peut faire présumer qu'il savait lire; » celui qui attaque le testament doit être chargé de » la preuve; mais s'il n'y a aucune présomption » que le testateur sût lire, l'héritier qui soutient le » testament doit être chargé de prouver le fait de lire, » parce que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (2).

1063. Il résulte de notre article que le testateur qui fait écrire son testament par une main étrangère, doit le lire pour s'assurer de l'exactitude de sa dictée. Car, pourquoi la loi exige-t-elle que le testateur sache lire, si ce n'est pour faire lui-même cette vérification? Mais aucun texte n'exige que l'écriture intérieure contienne la mention que la précaution dont il s'agit ici a été prise. La loi s'en rapporte à l'intérêt du testateur. Elle suppose que la prudence lui aura fait faire ce que son intérêt lui conseillait. Cependant, s'il

(1) Cassat., chambre des req., 22 juin 1852 (Devill., 52, 1, 699).

(2) Paul, l. 2, D., *De probat.*

était prouvé par le testament même que le testateur ne l'a pas lu, par exemple, parce que son état ne lui permettait pas de pouvoir lire, il ne faudrait pas chercher d'autre moyen de nullité, le testament serait nul par cela seul que le testateur ne pouvait pas lire (1). Telle est la conséquence précise des termes de notre article.

Article 979.

En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique, à la charge que le testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament : après quoi le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins; et sera, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'article 976.

SOMMAIRE.

1664. La nuncupation n'étant pas de l'essence du testament mystique, le muet sachant écrire pourra tester en cette forme.

(1) Cassat., rej., chambre des req., 6 messidor an IX (*J. Palais*, t. II, p. 59. Devill., 1, 987).

1665. Formalités auxquelles, dans ce cas, le muet est assujetti.
1666. Suite.
1667. Suite.
1668. Si l'impossibilité de parler n'a été qu'accidentelle, et que le testateur ait recouvré la parole quand il s'agit de dresser l'acte de suscription, la déclaration écrite n'est plus nécessaire.

COMMENTAIRE.

1664. Cet article est la copie textuelle de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735; il trace les formalités du testament mystique, alors que c'est une personne ne pouvant parler, mais sachant écrire, qui choisit cette manière de tester.

On n'a pas voulu que le muet (celui surtout que notre article a en vue), ne sachant pas écrire, pût tester par la voie du testament nuncupatif écrit; car il faudrait admettre qu'il fît connaître par signes ses dernières volontés, ce qui est contraire aux lois testamentaires qui, par une rigueur peut-être excessive, veulent que rien ne puisse remplacer la dictée qui est une forme substantielle du testament par acte public (1). Mais lorsque le muet sait écrire, il peut tester *manû holographâ* (2); il peut aussi tester par la voie mystique; car la nuncupation n'est pas de l'essence

(1) *Suprà*, n° 1449. *Junge* n°s 539, 1137, 1138, sur les *Donat. entre-vifs*.

(2) *Suprà*, n° 1449 *in fine*. *Junge* Colmar, 17 janvier 1815 (Devill., 5, 2, 9). Bordeaux, 16 août 1836 (Devill., 37, 2, 468). Rouen, 26 mai 1851 (Devill., 51, 2, 716).

du testament mystique, l'écriture y joue un plus grand rôle que la parole.

1665. Voici donc comment le sourd-muet, ou toute autre personne ne pouvant pas parler, mais sachant écrire, devra procéder. Il commencera par faire un testament olographe, puisque l'acte intérieur qu'il lui est permis de faire revêtir de la forme mystique doit être écrit, daté et signé de sa main.

Remarquez que notre article impose ici au testateur une forme plus stricte qu'au testateur placé dans le droit commun. Ce dernier est dispensé de signer l'acte intérieur, pourvu qu'il soit suppléé à cette omission par l'appel d'un septième témoin, dans l'acte de suscription (art. 977, Code Napoléon.) Mais l'individu frappé de mutisme ne peut se dispenser de signer l'écriture privée qui contient ses dernières dispositions.

1666. Il y a plus : et bien que la date du testament mystique ne soit pas exigée en général, ainsi que nous l'avons vu (1), cependant l'art. 979 prescrit au sourd-muet de dater l'écrit intérieur. Ceci tient à ce que les rédacteurs du Code ont reproduit la disposition de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735, qui exigeait la date et de l'acte de suscription et de l'écrit intérieur, et qu'ils ont oublié qu'ils avaient mis de côté la disposition de l'art. 38 de cette ordonnance, qui faisait de la nécessité de la date une règle générale.

1667. Quand l'acte intérieur est ainsi rédigé, le sourd-muet qui veut lui donner plus de solennité en

(1) Nos 1623, 1650.

indiquant la forme mystique dont il le présente au notaire et aux témoins, et, à peine de nullité, écrira au haut de l'acte de suscription, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament; après quoi le notaire dressera l'acte de suscription conformément à l'art. 976; seulement il devra de plus faire mention, à peine de nullité, que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins.

1668. Mais ici se présente un point délicat et qui a fait de sérieuses difficultés. L'impossibilité de parler peut n'être qu'accidentelle; elle peut être occasionnée par une paralysie passagère de la langue. Supposez que le testateur n'ait pu parler au moment où il a fait écrire par un autre ses dernières dispositions, mais qu'il ait recouvré la parole au moment solennel où il faut paraître devant le notaire, et qu'il lui ait déclaré oralement que l'écrit présenté est son testament. Le testament non écrit de sa main serait-il valable?

Voici une espèce curieuse où cette question s'est présentée devant la cour d'Orléans.

A la mort d'un sieur abbé Saget, on trouva un testament mystique dont l'acte de suscription, en date du 18 juillet, indiquait que sous l'enveloppe était renfermé, suivant la déclaration de l'abbé Saget, son testament écrit par un tiers et signé par lui à la date du même jour 18 juillet.

Les héritiers attaquèrent ce testament : Si l'article 976, disaient-ils, permet à celui qui veut tester dans la forme mystique de faire écrire ses dispositions par un tiers, l'art. 979 ajoute que s'il est privé

de l'usage de la parole, il est tenu de les écrire lui-même. Or, l'abbé Sagot avait, au moment de la rédaction de son testament, complétement perdu la parole par suite d'une paralysie de la langue, et ainsi il n'avait pu le dicter au tiers qui l'avait rédigé pour lui. En conséquence, les héritiers demandaient à faire preuve de ce fait, sans avoir besoin même de s'inscrire en faux. Quant à cette circonstance que l'acte de suscription avait été reçu le même jour et avait constaté la déclaration faite oralement par le testateur, que l'acte présenté était bien son testament, elle devait être sans valeur, attendu, selon eux, qu'il avait dû s'écouler forcément un intervalle de temps entre la rédaction du premier et celle du second.

Un jugement du tribunal de Tours du 9 juillet 1846, autorisa les héritiers à faire la preuve des faits articulés, par le double motif que le testament et l'acte de suscription sont deux actes entièrement distincts, et que si celui-ci fait foi jusqu'à inscription de faux, l'autre ne jouit pas de la même prérogative.

Mais sur l'appel, la cour d'Orléans (1) déclara inadmissible et irrelevante la preuve proposée. Les principaux motifs de son arrêt sont : qu'aucun texte ne porte que, pour disposer dans la forme de l'article 976, le testateur doit savoir ou pouvoir parler au moment de la confection de l'acte de dernière volonté ; que la loi s'occupe peu de rechercher si

(1) Orléans, 17 juillet 1847 (*J. Palais*, 1847, 2, 199).

c'est par la dictée ou de toute autre manière que le testateur a obtenu du tiers qui a écrit une rédaction éclairée ; et que d'ailleurs le testateur est à même d'apprécier lui-même par la lecture la complète conformité de la rédaction avec sa volonté ; que dès lors, quand l'art. 979 permet, au cas où le testateur ne peut parler, de remplacer la déclaration orale par une déclaration écrite, cela doit nécessairement et uniquement s'entendre de l'impossibilité de parler au moment où cette déclaration orale devrait intervenir.

Nous ajouterons à ces motifs que, jusqu'à l'acte de suscription devant le notaire, le testament n'est qu'à l'état de simple projet. Ce qui le rend définitif, c'est la déclaration du testateur qui lui imprime le caractère de disposition de dernière volonté. C'est donc à ce moment seulement que l'on doit envisager l'état du testateur (1).

ARTICLE 980.

Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, sujets du roi, jouissant des droits civils.

SOMMAIRE.

1669. Disposition commune aux testaments nuncupatifs

(1) Voy. cette théorie développée dans un réquisitoire de M. Daniels, rapporté dans le Répert. de M. Merlin, v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 10.

écrits et aux testaments mystiques. — C'est au testateur de choisir ses témoins.

1670. Il ne faudrait pourtant pas conclure de cette dernière proposition, que le notaire ne sera jamais responsable de l'incapacité des témoins.

1671. Les témoins doivent être présents à l'ensemble de tout ce qui constitue le testament.

1672. Les témoins doivent être mâles.

1673. Ils doivent être majeurs.

1674. Et, en outre, sujets de l'empereur. — Sens des expressions *républicole*, *regnicole* et *sujet*.

1675. Des mots *citoyen français*, employés dans la loi de ventôse.

1676. Les témoins doivent jouir des droits civils. — Des peines qui empêchent les condamnés de pouvoir être témoins.

1677. De l'incapacité, dans l'ancien droit, des moines, des chevaliers profès de Malte et des novices.

1678. De l'incapacité des interdits pour cause de fureur et d'imbécillité. — De l'incapacité des sourds et des aveugles.

1679. *Quid* à l'égard des muets?

1680. Les témoins doivent être connus.

1681. Est-il nécessaire ici que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est reçu?

1682. Dans les campagnes, il suffit que la moitié des témoins testamentaires sachent signer.

1683. De l'incapacité relative des témoins. — Renvoi.

1684. De l'époque à laquelle on doit considérer la capacité des témoins.

1685. Le témoin est toujours présumé idoine.

1686. De la capacité putative dans les témoins.

1687. Suite.

1688. Suite.

COMMENTAIRE.

1669. Cet article s'applique aux testaments nuncupatifs écrits comme aux testaments mystiques. C'est par lui que se termine l'exposé des formalités requises dans ces deux manières de tester.

On remarquera que notre article se sert de ces expressions « pour être présents aux testaments, » et qu'il ne dit point « pour assister le notaire, » comme l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI. C'est qu'on a pu vouloir donner le choix des témoins au testateur (1). Aussi M. Bigot de Préameneu (2) fait-il observer, dans la discussion du conseil d'État, que « c'est le testateur lui-même qui choisit les témoins. » Ce qui a été probablement introduit afin que des hommes inconnus au testateur, et n'ayant pas sa confiance, ne fussent pas initiés au secret de ses dernières volontés.

1670. De cette circonstance, à savoir que les témoins sont appelés par le testateur, on a quelquefois conclu qu'il ne saurait y avoir de responsabilité de la part du notaire en cas d'incapacité de l'un des témoins, par ce motif que la réquisition de la présence des témoins n'était pas le fait de l'officier ministériel (3).

Mais cette conclusion est fausse, si on veut lui donner un caractère général et absolu. Souvent, en effet,

(1) Grenier, n° 247.

(2) Voy. Locré, t. XI, p. 234 *in fine*.

(3) Trèves, 18 novembre 1812 (Devill., 4, 2, 198).

il y a une grande imprudence, de la part du notaire, à ne prendre aucune précaution pour s'assurer de la capacité des témoins. La jurisprudence tend même à se montrer sévère envers lui, parce qu'il est presque toujours le conseil naturel des parties. Ainsi, la cour de Douai (1) a jugé que le notaire n'était irresponsable de l'incapacité des témoins que dans le cas où il serait évident qu'il n'aurait aucune négligence à se reprocher. Un arrêt de la cour de cassation du 15 juillet 1835 (2), a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'Orléans du 1er août 1833, qui avait déclaré responsable de la nullité d'un testament un notaire, pour ne s'être pas assuré de la capacité de l'un des témoins.

On peut citer aussi deux arrêts de Lyon rendus dans le même sens : l'un du 16 juillet 1846 (3); l'autre du 3 janvier 1842 (4). Dans l'espèce jugée par ce dernier arrêt, la testatrice était une femme très-âgée, mourante, et qui, par la force des choses, s'en rapportait à l'expérience du notaire pour assurer la validité des dispositions qu'elle lui confiait.

1671. Du reste, ces expressions « appelés pour être présents, » que nous venons d'opposer aux expressions employées par la loi de ventôse, ont encore une autre énergie qu'il faut remarquer; elles signifient que les témoins doivent être présents à tout ce qui

(1) Douai, 12 juillet 1838 (Devill., 39, 2, 256).
(2) Devill., 35, 1, 535.
(3) *Journal de Lyon*, p. 11 (1846).
(4) *Journal du Palais*, 1842, 1, 397.

constitue la confection du testament et à toutes les formalités qui ne peuvent être remplies sans le ministère d'un homme public.

1672. La première condition requise pour pouvoir être témoin d'un testament, c'est d'être mâle.

Les femmes ne peuvent servir de témoins; leur incapacité remonte, à cet égard, au droit romain qui les exclut positivement (1). Doneau en donne cette raison : « *Nimirùm ut pro inexperientiâ sexûs non satis intelligens eas fraudes quæ in testamentis subornandis à peritis architectis earum rerum struï solent* (2). »

D'autres interprètes prétendent que la raison de l'exclusion des femmes, c'est qu'il importe que les dernières volontés ne soient pas révélées et que les femmes ne savent pas garder un secret. Ce sont là des raisons peu sérieuses et peu dignes; elles rentrent, du reste, dans cet esprit de dénigrement dont les anciens jurisconsultes sont animés à l'égard des femmes, qu'ils prennent soin de maltraiter en toute occasion. Le véritable motif, c'est que les femmes, soit à Rome, soit en France, n'ont jamais participé à la puissance publique, dont les témoins instrumentaires sont un élément (3).

(1) Ulpien, l. 20, § 6, D., *Qui test. facere poss.*

(2) Doneau, *De jure civili*, l. 6, cap. 7, n° 14.

(3) Dans la distribution des citoyens romains en classes, les femmes n'étaient pas comptées, et, par conséquent, elles ne pouvaient représenter une classe. — Voy. les annotations d'Hilliger *sur Doneau, loc. cit.*

1673. La deuxième condition exigée des témoins, c'est qu'ils soient majeurs, c'est-à-dire qu'ils aient atteint vingt et un ans accomplis.

Il existait, autrefois, une différence sur ce point entre les pays régis par le droit romain et les pays régis par le droit coutumier. Dans le droit romain (1), il suffisait d'être pubère. En pays de coutume (2), il fallait avoir vingt ans accomplis.

Voici la raison que D'Aguesseau donnait de cette différence (3) : « A l'âge de quatorze ans, à Rome, » les hommes étaient capables de tester, de passer » toutes sortes de contrats par eux-mêmes et par » conséquent d'être témoins, soit des engagements, » soit des dernières dispositions des autres hommes. » Parmi nous, au contraire, l'âge de disposer de ses » biens par testament est beaucoup plus reculé; et » parce que les fonctions des témoins approchent » de celles des notaires, et qu'ils partagent avec eux » la confiance de la loi, on ne se contente pas qu'ils » aient atteint l'âge de puberté, on désire qu'ils » aient le même âge que pour faire un testament. » La capacité du témoin doit suivre et imiter celle » du testateur. »

On voit que le Code ne s'est pas arrêté à ces idées. Car, bien qu'on puisse tester à l'âge de seize ans, il faut avoir vingt et un ans révolus pour être témoin dans un acte public.

(1) L. *Hac consultissimâ*, C. *De testam.*
(2) Art. 39 de l'ord. de 1735.
(3) D'Aguesseau, plaidoyer du 15 mars 1698.

1674. Une troisième condition est d'être sujet de l'empereur.

La loi *Hâc consultissimâ* (1) exigeait que les témoins instrumentaires employés dans les testaments fussent citoyens romains, et l'art. 40 de l'ordonnance de 1735, qui n'en était que la répétition, voulut qu'ils fussent regnicoles.

Lors de la rédaction du Code, sous la république, on avait substitué à l'expression de « regnicole » celle de « républicole. » Mais ce mot fut, en 1807, sous l'empire, remplacé par le mot « sujet de l'empereur. » Républicole, regnicole et sujet de l'empereur, doivent donc être regardés comme trois mots synonymes. La conséquence à en tirer, c'est que les témoins doivent être Français. Cependant, on en a tiré une tout opposée (2). On s'est appuyé sur la signification restreinte que l'étymologie des mots regnicole et républicole paraît présenter. On ne pouvait mettre, a-t-on dit, « impéricole » (mot qui n'est pas français); on s'est trouvé alors forcé de mettre « sujet de l'empereur; » mais on a nécessairement conservé à ce mot le sens de regnicole, c'est-à-dire habitant du royaume.

Pour confirmer que les expressions « sujet de l'empereur » ne peuvent avoir ici que cette signification, on les a opposées aux mots employés par la loi de ventôse : « Le notaire devra être assisté, dit l'art. 9 » de cette loi, de deux témoins citoyens français. »

(1) Loi précitée, 21, C., *De testam.*

(2) Delvincourt, t. II, note 5, sur la p. 86 M. Vazeille, note 11, sur l'art. 980.

Donc, un individu qui ne serait point Français, mais qui serait mâle, majeur et qui jouirait des droits civils en France, un étranger, par exemple, admis par autorisation de l'empereur à établir son domicile en France, serait capable d'être témoin d'un testament.

Conformément à ce système, la cour de Turin, par arrêt du 18 avril 1809 (1), déclara valable l'acte de suscription d'un testament mystique fait à Turin, quoiqu'un des témoins de cet acte, demeurant depuis vingt ans à Turin et jouissant des droits civils, fût né dans une ville dépendante du royaume d'Italie.

Il est vrai de dire, qu'entre autres motifs, la cour de Turin se fondait sur ce que, dans la traduction italienne du Code Napoléon approuvé par décret impérial du 16 janvier 1806, le mot « regnicole » avait été traduit par les mots *dimoranti nel regno*.

Cet arrêt, du reste, est le seul rendu en ce sens, et la question a été résolue depuis longtemps en sens contraire par la jurisprudence (2).

(1) *Palais*, 9, 501.

(2) Rennes, 11 août 1809 (Devill., 3, 2, 125). Rejet du pourvoi contre cet arrêt par la chambre des req. de la cour de cass., le 23 janvier 1811 (Devill., 3, 1, 283). Colmar, 13 février 1818 (Devill., 5, 2, 363). Toulouse, 10 mai 1826; et Cass., ch. des req., 23 avril 1828 (Devill., 9, 1, 85; *Palais*, 21, 1396). *Junge* Merlin, Répert., v° *Témoin inst.*, § 2, n° 3. Toullier, t. V, n° 395. Grenier, n° 247 *bis*, et les notes de M. Bayle-Mouillard. M. Duranton, t. IX, n° 105, etc.

Et c'est avec raison : car, d'abord, le mot regnicole, dans notre ancienne jurisprudence, a toujours été opposé à celui d'aubain (*alibi natus*), et a signifié de tout temps, sujet d'un royaume. Domat (1) définissait ainsi les regnicoles : « Nous appelons regnicoles » les sujets du roi, et les étrangers sont ceux qui » sont sujets d'un autre Etat. » Du reste, ce qui confirme encore que le mot regnicole est bien certainement synonyme de Français, et par conséquent exclusif des étrangers, c'est que l'art. 40 de l'ordonnance de 1735, après avoir employé le mot regnicole, ajoute : « à l'exception du testament militaire » dans lequel les étrangers non notés d'infamie pour- » ront servir de témoins. »

1675. Quant à l'objection fondée sur ce que la loi de ventôse avait repoussé l'expression de regnicole pour employer les mots « citoyens français, » il pourra peut-être en résulter une différence entre le sens de ces deux mots ; mais le mot regnicole ne devra pas pour cela simplement signifier habitant du royaume, et rien de plus.

Il faut se reporter, pour se rendre compte de cette différence, à l'époque où la loi de ventôse et le Code furent promulgués.

A cette époque, il y avait une forte nuance entre la qualité de Français et la qualité de citoyen français. La qualité de Français donnait la jouissance des droits civils (2). Mais, d'après l'art. 7 du Code Napo-

(1) Domat, *Liv. prélim.*, t. II, sect. 2, n° 11.

(2) Art. 8 du C. Nap.

léon, l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, qualité qui emporte avec elle l'exercice des droits politiques. Pour avoir la qualité de citoyen, il fallait, outre la qualité de Français, être âgé de vingt et un ans, se faire inscrire sur le registre civique de son arrondissement, et avoir demeuré depuis un an sur le territoire français. Les droits propres au citoyen français étaient : 1° de faire partie des assemblées politiques de son canton, d'y concourir par son suffrage au choix des membres du conseil municipal, des candidats pour les places de juge de paix et suppléants, et des membres des conseils électoraux d'arrondissement et de département; 2° de pouvoir être promu aux différents emplois.

On demandera pourquoi la loi de ventôse voulait que les actes entre vifs et les contrats fussent passés en présence de citoyens français, tandis que le Code Napoléon se contente pour les testaments de témoins français. On a dit que c'était par la raison qu'il y avait moins de témoins dans les contrats et que, par ce motif, on devait exiger plus de garantie dans leur personne. Mais on devrait dire aussi, que si l'on requiert la présence de témoins plus nombreux dans les testaments, c'est qu'on veut avoir une preuve plus parfaite, une certitude plus entière de la volonté qui fait le fondement du testament. Le fait est que cette différence est capricieuse et qu'elle ne peut être soutenue par aucun bon motif. (1)

Depuis longtemps, du reste, il n'y a plus de liste civique, et par conséquent le moyen de devenir ce

qu'on appelait citoyen français n'existant plus, il s'ensuit que tout Français est citoyen français, et que si les lois anciennes mettaient une différence, sous le rapport de la qualité des témoins, entre les testaments et les contrats, cette différence est effacée par l'impossibilité d'exécution (1).

1676. Le témoin instrumentaire doit jouir des droits civils.

Il n'existe plus aujourd'hui de peines qui emportent la perte de la vie civile : on sait que la loi du 10 juillet 1854, en abolissant la mort civile, a abrogé par cela même les incapacités prononcées par l'art. 25 du Code Napoléon.

Mais certaines peines subsistent toujours, qui privent le condamné de la faculté de pouvoir être témoin dans les actes.

Les art. 28 et 42 du Code pénal indiquent dans quels cas cette incapacité est encourue :

Pour les condamnés à une peine afflictive et infamante, la privation du droit d'être témoin est la conséquence de leur peine. Pour les condamnés à une peine correctionnelle, ils n'en sont privés qu'autant que le jugement a prononcé contre eux cette aggravation de peine.

1677. En France, où il était reconnu pour constant que les moines étaient morts civilement, ils ne pouvaient pas plus servir de témoins dans les actes qu'ils

(1) Voy., sur la question de savoir si le failli peut être témoin dans un acte notarié, un arrêt de rejet de la cour de cassat., du 10 juin 1824 (Devil., 7, 1, 474).

ne pouvaient ester. Cette incapacité s'étendait jusqu'aux chevaliers profès de l'ordre de Malte, et l'ordonnance de 1735 avait été jusqu'à y comprendre les novices (1).

Mais ces principes étaient particuliers à la France, où du moins ils n'étaient pas généralement admis; et en Italie, par exemple, d'après la loi canonique, les moines n'étaient nullement considérés comme privés du droit de cité (2). Dès lors, rien n'empêchait qu'ils ne fussent témoins dans les testaments et autres actes, et j'ai vu la cour de Corse confirmer, par ces motifs, un testament reçu par un notaire en présence de sept témoins moines ou religieux profès attachés à un couvent. Je crois cet arrêt conforme aux lois qui régissaient la Corse à l'époque de la confection du testament, c'est-à-dire au droit romain mélangé du droit italien (3).

Les moines qui existent aujourd'hui en France ne sont frappés d'aucune incapacité par le droit moderne.

1678. Il y a d'autres incapacités sur lesquelles le Code garde le silence, qui sont, néanmoins, importantes à faire connaître.

(1) Art. 41 de l'ord. de 1735. Furgole, ch. 3, sect. 2, n° 19 *in fine*.

(2) C., *De sacrosanct. eccles. In authent. De Monachis:* « *Ingressi monasteria, ipso ingressu se suaque dedicant Deo:* » *nec ergò de his testantur; utpote nec domini rerum.* »

(3) Voy. Hilliger *sur Doneau*, l. 6, c. 7, n° 12, not. 8: « ... *An et monachi qui servis æquiparantur? Hos non arcori.* » (Clarus, § *Testam.*, quest. 55, n° 7.)

On sent aisément la raison qui doit faire prononcer l'exclusion des interdits pour cause de fureur et d'imbécillité, à moins qu'ils ne soient dans un intervalle lucide. Ils sont privés du degré de perception qui seul peut rendre apte aux fonctions de témoins. La loi romaine (1) le décide ainsi : « ... *Ne » furiosus quidem testis adhiberi potest, cùm compos » mentis non sit : sed si habet intermissionem eo tem- » pore adhiberi potest.* »

De même tous ceux conformés de manière à ne pouvoir s'assurer de ce que fait le testateur, ne peuvent servir de témoins : tels sont les sourds et les aveugles (2).

1679. Le droit romain (3) excluait le muet de la faculté d'être témoin ; mais cette prohibition n'est plus admissible aujourd'hui. En effet, pourquoi d'après le droit romain ne pouvaient-ils pas être témoins dans les testaments ? Parce que les témoins devaient promettre au testateur de rendre témoignage de ses dispositions (repromittere testimonium), ou comme le dit Doneau (4) : « *Quia quod perceperint et rectè in- » tellexerint, eloqui et testari non possunt, ut mutus.* » Mais comme cet usage n'a pas lieu en France, il s'ensuit que c'était par abus que notre ancienne ju-

(1) Ulpien, l. 20, § 4, D., *Qui test. facere poss.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 176, n° 28.

(2) Instit., § 6, *De test. ordin.* Doneau, *Comm.*, l. 6, c. 7, n° 7 : « ... *Quia sensu percipere non possunt quod fit, dicitur : » non audire ut surdus, non videre ut cæcus.* »

(3) Instit., *loc. cit.*, § 6.

(4) Doneau, *loc. cit.*, n° 9.

risprudence n'admettait pas les muets à être témoins, et que leur exclusion ne peut plus avoir lieu sous le Code (1).

Plusieurs auteurs exigent (2), dans ce cas, que le témoin muet appelé au testament sache écrire. Le motif qu'ils en donnent, c'est que ne pouvant exprimer sa pensée que par des signes équivoques, il ne serait pas en état de rendre un témoignage certain de ce qu'il aurait vu et entendu, si par la suite il était appelé à déposer sur les faits qui ont accompagné la confection du testament.

Cette condition est arbitraire ; elle n'est prescrite par aucune loi, ni commandée par aucune raison d'impossibilité morale ou physique.

En droit romain, où la répromission devait toujours avoir lieu, on comprend l'exclusion du muet comme témoin ; chez nous, cette exclusion ne se comprend plus et l'hypothèse d'une inscription de faux est trop secondaire et trop éloignée pour l'expliquer.

Ce que la loi demande aux témoins des testaments, c'est de contrôler, par leur présence aux actes, les déclarations reçues et consignées par le notaire. Or, ce contrôle et cette garantie existent, lorsque le témoin a pu juger avec plénitude de raison et de connaissance de tout ce qui s'est fait devant lui et qu'il l'approuve, soit par sa signature, soit en laissant le notaire attester, sans contradiction de sa part, qu'il aurait signé s'il avait pu ou su signer.

(1) Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, § 2, n° 4 *in fine*.
(2) Toullier, t. V, n° 392. MM. Duranton, t. IX, n° 104. Coin-Delisle, n° 23, sur l'art. 980.

Quant aux témoins qui n'entendent pas la langue du testateur, on peut, en quelque sorte, les comparer aux sourds. Du reste, nous nous sommes déjà exprimés à leur égard (1).

Toutes ces exclusions, quoique n'étant prononcées par aucune loi, sont néanmoins dictées par la raison. Car le but de la loi, en appelant les témoins aux testaments, est de prévenir les surprises et de garantir l'accomplissement des formalités. Il faut donc, pour atteindre ce résultat, que les témoins voient le testateur, qu'ils entendent ce qu'il dit, qu'ils le comprennent et qu'ils puissent certifier que tout ce que l'acte énonce avoir été fait en leur présence, l'a été réellement. Il faut, par conséquent, qu'ils ne soient ni aveugles, ni sourds, et qu'ils jouissent de leur raison.

1680. Les témoins doivent être connus. Car, comment saurait-on si un témoin est capable ou incapable? De là vient que la loi de ventôse an XI (article 12) veut que tous les actes reçus par les notaires énoncent les noms des témoins instrumentaires et leur demeure.

1681. Nous avons vu plus haut (2) que le Code Napoléon est la loi unique et complète qui régit la forme des testaments, et que le législateur a pris soin de définir la capacité spéciale des témoins testamentaires dans les art. 975 et 980. Ainsi, il suffira qu'un témoin testamentaire réunisse les conditions

(1) N° 1525 et suiv.
(2) N° 1603.

exigées par ce dernier article, et ne soit pas dans l'un des cas d'incapacité prévus par l'art. 975.

Cependant, on a contesté ce point; on a voulu que le témoin réunît, en outre, les conditions prescrites par l'art. 9 de la loi de ventôse, et notamment qu'il fût domicilié dans l'arrondissement communal où l'acte a été passé.

Ce système, soutenu par M. Toullier (1), a été repoussé par un grand nombre d'arrêts (2). La jurisprudence considère que de deux lois qui statuent sur le même objet, la deuxième doit prévaloir; que la loi du 25 ventôse an XI et le Code Napoléon se sont occupés du domicile des témoins testamentaires; que, si la première veut que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal du testateur, la deuxième, moins exigeante, mais non moins explicite, se contente d'un domicile dans les pays et terres de la domination de l'empereur.

Cette jurisprudence est conforme à ce que nous avons déjà dit de l'inapplicabilité de la loi de ven-

(1) T. V, n° 367.

(2) Bruxelles, 13 février 1808 (Devill., 2, 2, 346). Limoges, 7 décembre 1809 (Devill., 3, 2, 150). Douai, 27 avril 1812 (Devill., 4, 2, 99). Paris, 16 avril 1814 (Devill., 4, 2, 384). Rouen, 16 novembre 1818 (Devill., 5, 2, 428). Bordeaux, 17 mai 1821 (Devill., 6, 2, 416). Orléans, 11 août 1823, et Cass., rej., 19 août 1824 (Devill., 7, 1, 520). Bordeaux, 18 août 1823, et Cassat., rej. (req.), 10 mai 1825 (*Palais*, 19, 484). Cassat. (chambre civ.), 4 janvier 1826 (*Palais*, 20, p. 11). Cassat., rej. (req.), 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 865). Voy., *contrà*, cassat. (chambre civ.), 1er octobre 1810 (Devill., 3, 1, 237).

tôse quant à la capacité des témoins testamentaires. Le Code ayant réglé spécialement cette capacité doit seul être appliqué.

1682. C'est par suite du même principe que nous disons que l'article 14 de cette loi, qui exige que tous les témoins sachent signer, doit être sans effet dans le cas où il s'agit d'un testament public reçu dans une campagne (1). Dans ce cas, la moitié seulement des témoins est tenue de signer. On peut donc, dans certains cas, être témoin sans savoir signer.

1683. Après les cas d'incapacité absolue des témoins, viennent les cas d'incapacité relative. Mais nous avons déjà examiné ces différents cas, et dit ce qu'il faut décider à l'égard des parents, alliés et serviteurs, soit des légataires, soit des testateurs et des notaires (2). Nous renvoyons à ce que nous avons exposé à cet égard.

1684. L'époque à laquelle on doit considérer la capacité des témoins est celle de la confection du testament.

Le droit romain nous fournit, à cet égard, la règle suivante : « *Conditionem testium tunc inspicere debe-* » *mus, cùm signarent, non mortis tempore. Si igitur* » *tunc cùm signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint,* » *nil nocet si quid posteà eis contigerit* (3). »

1685. Une deuxième règle sur la capacité des

(1) N°s 1593 et suiv.

(2) N°s 1599, 1600, 1601, 1602 et suiv., 1633 et suiv.

(3) Ulpien, l. 22, § 1, D., *Qui test. facere possunt.* Hilliger *sur Doneau*, l. 6, c. 7, n° 4. Mantica, l. 2, t. X, n° 11. Furgole, ch. 3, sect. 1, n° 5.

témoins, c'est que le témoin est toujours présumé idoine, et que, par conséquent, c'est à celui qui veut se faire un moyen de son incapacité à en administrer la preuve (1).

1686. Nous arrivons à une troisième règle fort importante. La capacité putative suffit dans un témoin. D'où il suit que si le témoin est généralement tenu pour capable, peu importe qu'il y ait eu en lui une incapacité inconnue (2); c'est ce qui résulte, non pas précisément de la fameuse loi *Barbarius Philippus* (3), qui ne peut être citée ici qu'à titre d'argument éloigné, mais de la loi 1 au Code, *De testament. ordinand.*, et du § 7 aux Institutes, *De test. ordin.* qui décident précisément la question. « *Sed* » *cùm aliquis ex testibus, testamenti quidem faciendi* » *tempore, liber existimabatur, posteà autem servus* » *apparuit, tàm divus Adrianus Catoni, quàm posteà* » *divi Severus et Antoninus rescripserunt, subvenire se* » *ex suâ liberalitate testamento : ut sic habeatur* (*fir-* » *mum*), *atque si, ut oportebat, factum esset ; cùm eo* » *tempore quo testamentum signaretur, omnium con-* » *sensu hic testis liberi loco fuerit, neque quisquam* » *esset qui et status quæstionem moveret* (4). »

Ce texte est clair ; mais les commentateurs en ont

(1) Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, t. XVII, p. 604.

(2) Furgole, *loc. cit.*, n° 7. Ricard, part. 1, n° 1357. Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, t. XVII, p. 619.

(3) Ulpien, l. 3, D., *De officio prætorum.*

(4) Instit., *loc. cit.* Junge Mantica, *De conj. ult. vol.*, l. 2, t. X, n° 1 et seq. « *Si communi opinione testes idonei cen-* » *sebantur, testamentum sustinetur.* »

abusé pour lui donner une extension qui n'est nullement dans l'esprit du législateur.

Bartole voulait que celui qui excipait du défaut de qualité des témoins, au temps de la confection du testament, prouvât aussi que la commune opinion était qu'ils étaient incapables (1). C'était supposer qu'un témoin devait avoir été présumé capable par l'opinion publique, quoique le fait de son incapacité fût prouvé. Mais cette erreur d'un grand jurisconsulte a été repoussée par la plupart des docteurs, Balde, Paul de Castro, Mantica (2). La raison en est que l'erreur ne se suppose pas : donc s'il est prouvé que le témoin n'est pas idoine, on doit supposer que l'opinion le considérait comme non idoine ; c'est à celui qui soutient la validité du testament qu'il appartient de prouver que les témoins avaient la capacité putative au moment du testament.

La capacité putative s'établit non-seulement par la croyance générale et la notoriété publique, mais encore par une série d'actes multipliés qui lui donnent de la consistance et forment comme une possession d'état (3).

1687. Remarquons, du reste, que les lois citées sont surtout applicables au cas où il s'agit d'une incapacité relative aux droits civils et politiques, comme si

(1) Sur la loi *Ad testium*, § *Cond.*, D., *Qui testam. fac. poss.*, nos 1 et 4.

(2) Mantica, *loc. cit.*, nos 4 et 5.

(3) Merlin, Répert., vo *Témoin instrum.*, t. XVII, p. 621, col. *in fine*. Cassat., 1er juillet 1839 (*J. Palais*, 1839, 2, 289, Devill., 39, 1, 653).

on avait pris pour témoin un Français mort civilement mais généralement tenu pour capable, ou un étranger passant dans la commune opinion pour Français (1). La raison en est que le notaire, qui n'a pas de doute sur la vérité de cette opinion, n'a pas de motifs de se livrer à des investigations qu'il n'est pas dans son ministère de provoquer d'office, si rien d'extérieur n'éveille son attention. Le bon sens veut qu'il considère comme capable celui qui passe pour capable aux yeux de tous.

1688. Que s'il s'agissait d'une incapacité tenant à l'âge, au sexe ou à la parenté, il faudrait être beaucoup plus difficile pour la couvrir par la commune erreur (2). Ici, le notaire peut mieux éclairer sa religion. Il y a d'ailleurs des apparences extérieures qui peuvent le frapper dans le cas de majorité putative, ou dans le cas de surprise sur le sexe.

Peu importerait que le témoin se fût dit majeur. Si une pareille déclaration pouvait être une excuse, elle deviendrait de style et servirait à éluder la loi (3).

(1) Limoges, 7 déc. 1809 (Devill., 3, 2, 56. *J. Palais*, t. VII, p. 911). Grenoble, 14 août 1811 (Dalloz, *J. G.*, t. V, p. 741). Cassat., rejet de Colmar (req.), 28 février 1821 (Devill., 6, 1, 380. *J. Palais*, t. XVI, p. 413). Metz, 28 mars 1822 (Devill., 7, 2, 50). Cassat., rej. (req.), 10 mars 1824 (Dalloz, *J. G.*, t. V, p. 785). Cassat., rej. (req.), 4 août 1824 (Devill., 7, 1, 510). Cassat., rej. (req.), 18 janvier 1830 (Devill., 9, 1, 429. *J. Palais*, t. XXIII, p. 57). Cassat., rej. (req.), 28 juin 1831 (Devill., 32, 1, 174. *J. Palais*, t. XXII, p. 1751). Amiens, 20 juin 1838 (*J. Palais*, 1838, 2, 515).

(2) Toullier, t. V, n° 407.

(3) Arrêt de Turin, du 17 février 1806 (Devill., 2, 2, 117. *J. Palais*, t. V, p. 194).

Cependant, nous ne voudrions pas dire d'une manière absolue que l'erreur commune ne saurait, dans aucun cas, servir d'excuse pour couvrir la nullité résultant du défaut d'âge ou de la parenté. Il peut se présenter des circonstances exceptionnelles qui ont pu raisonnablement accréditer l'opinion que le témoin était majeur, et l'on ne voit pas pourquoi dans un tel cas on porterait le trouble dans les dernières dispositions du père de famille. C'est ce qui a déterminé la cour d'Aix (1) à maintenir un testament dans les circonstances suivantes :

Un testament avait été reçu en présence de témoins, par un notaire de l'arrondissement de Toulon. Au nombre des témoins de ce testament, figurait un sieur Recoux, alors âgé de vingt et un ans moins trente-trois jours, mais généralement considéré comme beaucoup plus âgé. Dans la circonstance dont il s'agit, Recoux avait déclaré ses qualités et sa filiation avec une entière bonne foi qui l'avait fait accepter pour majeur par les diverses parties intéressées, par le notaire, par les témoins et les autres personnes présentes, sans la moindre opposition et même sans le moindre doute. Du reste, étranger à la commune où il était établi depuis quelque temps comme cordonnier patenté, il avait été appelé plusieurs fois déjà à assister, comme témoin instrumentaire, à une série d'actes publics, au nombre de vingt au moins, reçus par un autre notaire de la commune ; postérieurement à ce testament et avant sa majorité, il

(1) Aix, 30 juillet 1838 (*J. Palais*, 1839, 1, 367).

avait encore signé d'autres actes notariés au su et au vu d'une population nombreuse.

Le testament fut attaqué pour cause d'incapacité de ce témoin : mais ces circonstances constituaient évidemment une notoriété publique bien constante ; elles étaient trop significatives pour qu'il fût possible de refuser à cette cause l'application du bénéfice de l'erreur commune. Aussi, l'on comprend que, dans cette espèce particulière, la cour d'Aix se soit décidée pour la validité du testament.

SECTION II.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS.

ARTICLE 981.

Les testaments des militaires et des individus employés dans les armées pourront, en quelque pays que ce soit, être reçus par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, ou par deux commissaires des guerres, ou par un de ces commissaires en présence de deux témoins.

SOMMAIRE.

1689. Du testament militaire en droit romain.
1690. Du testament militaire dans l'ancien droit français.
1691. Jurisprudence des pays de droit écrit sur le testament militaire.
1692. Jurisprudence des pays coutumiers.

1693. Suite.

1694. Disposition de l'ordonnance de 1735 sur les testaments militaires.

1695. Formalités prescrites par l'art. 981.

1696. Ceux qui sont employés dans les armées jouissent de la faveur de tester militairement.

1697. Du même privilége accordé en droit romain, dans certaines circonstances, aux simples citoyens.

1698. L'ordonnance et le Code n'ont point reproduit, sur ce point, la disposition du droit romain.

1699. Affaire du testament du comte de Mercy-Argenteau.

COMMENTAIRE.

1689. Dès avant la loi des Douze Tables (1), le droit romain avait introduit une forme de tester particulière aux soldats.

Le soldat, en effet, pouvait faire son testament *in procinctu*, ou, comme le disent les Institutes et Théophile, d'une manière assez bizarre (2), *testamentum procinctum* (3). Au moment où le soldat était appelé à l'armée et allait quitter Rome (4), ou même lorsque, placé sous les drapeaux, il marchait à une expédition ou prenait part à une bataille (5), il pou-

(1) Plutarque, *Vie de Coriolan*, n° 11. Heineccius, *Antiq. rom.*, l. 2, t. X, XI, XII, §§ 1 et 3. Hugo, *Histoire du droit romain*, période 1, sect. 2, § 107.

(2) Heineccius, *loc. cit.*, § 1. Hugo, *loc. cit.*

(3) Instit., *De testam. ordin.* Théophile, *Paraphrase des Instit., De testam. ordin.*

(4) Hugo, *loc. cit.*

(5) Velleius Paterculus, l. 2, § 5 : « *Facientibusque omnibus in procinctu testamenta velut ad mortem eundum foret.* »

vait, revêtu de son habit de guerre (1), et en présence de trois ou quatre témoins, déclarer ses dernières volontés (2).

Cette manière de tester, appropriée à l'état de guerre, était environnée de solennités augurales et religieuses (3). Elle était tombée en désuétude du temps de Cicéron (4), peut-être à cause de la négligence des patriciens à conserver dans les armées les rites sacrés (5).

Mais, durant les guerres civiles et du temps d'Auguste, on se détermina à rendre aux militaires les priviléges anciennement attachés aux testaments *in procinctu*. Car il était de l'intérêt des chefs de faction et des empereurs, d'inviter au service par beaucoup de priviléges. Jules César fut le premier (6) à réta-

(1) *Procinctus*, selon Théophile, *loc. cit.*, signifie : vêtu de l'habit de guerre. *Procinctus est enim*, dit Caïus (comm. 2, § 101), *expeditus et armatus exercitus*. Voy. notre *Préface*.

(2) Plutarque, *loc. cit.*, n° 11. Heineccius, *loc. cit.*, § 3.

(3) Cicéron, *De naturâ deorum*, l. 2, ch. 3, t. XXX, p. 150 (édit. Panckoucke).

(4) Cicéron, *loc. cit.* : « ... *Ex quo in procinctu testamenta* » *perierunt.* » On voit, en effet, dans les *Commentaires* de César (*De bello gallico*, 1, 39) et dans Florus (III, 10), à propos d'une expédition de César contre les Germains, les soldats tester dans la forme ordinaire, au milieu des dangers et de l'effroi de la guerre. — Il paraîtrait cependant que le testament *in procinctu* était encore en vigueur du vivant de Caton l'Ancien (Cicéron, *De oratore*, 1, 43). *Junge* Instit., *loc. cit.* Hugo, *loc. cit.*, période 2, sect. 2, § 212.

(5) Heineccius, *loc. cit.*, § 16.

(6) Ulpien, l. 1, D., *De testam. milit.* Maynard, l. 5, q. 92, n° 8.

blin cette faveur, qu'un de nos grands publicistes appelle cajolerie (1).

Il fut imité plus tard par Titus, Domitien, Nerva, et enfin par Trajan qui lui donna toute la latitude possible pour flatter son armée (2).

On admettait alors que le soldat pouvait tester militairement en toute occasion (3). Mais plusieurs constitutions (4), notamment une constitution de Justinien, limitèrent ce privilége des soldats au temps des expéditions : « *Cùm in expeditionibus occupati* » *sunt* (5). » On verra plus tard ce qu'il faut entendre par expédition (6).

Il résulte de ces innovations impériales que le testament militaire, émané le plus souvent de personnes simples et ignorantes du droit public et ci-

(1) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, l. 27, ch. 1, note 8.

(2) Ulpien, *loc. cit.*, D., *De testam. milit.* Caïus, comm 2, § 109. Instit., *De testam. milit.*, § 1. Heineccius, *loc. cit.*, § 16. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 224, n° 1. Gibbon, t. IV, p. 500 : « ... Julien l'Apostat fit, avant de mourir, son testa- » ment militaire. »

(3) Paraphrase des Instit., par Théophile; *De milit. testam.*, *Proœmium*. Ulpien, *loc. cit.* Heineccius, *loc. cit.*, § 16 *in fine*.

(4) Antonin, l. 1, C., *De testam. milit.* Constantin, l. 15, *eod. titul.*

(5) Justinien, l. 17, C., *De testam. milit.* Instit., *Proœmium*, *De milit. testam.* : « ... *Illis autem temporibus, per quæ citrà* » *expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis ædibus degunt,* » *minimè ad vindicandum tale privilegium adjuvantur.* » Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n° 25.

(6) *Infrà*, n° 1701 et suiv.

vil (1), n'emprunta aucune forme du droit civil, qu'il entra dans le domaine du droit des gens, et qu'il se soutint par la nue volonté du disposant : « *Sufficiat* » *que ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda* » *voluntas testatoris... ut quomodo testati fuissent ita* » *esset eorum voluntas* (2). »

La loi 15 du Code donne un exemple remarquable de l'étendue de ce privilége : « *Si quid in vaginâ et* » *clypeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotave-* » *rint, aut in pulvere inscripserint gladio suo, ipso* » *tempore quo in prælio vitæ sortem derelinquent, hu-* » *jusmodi voluntatem stabilem esse oportet* (3). »

Ainsi, un soldat avait valablement disposé de ses biens, pourvu que sa volonté fût prouvée ou par une écriture quelconque, ou par la déposition de deux témoins appelés par lui pour entendre ses dernières dispositions (4).

Ce n'était pas seulement sur les formes qu'on s'était relâché en faveur du soldat des solennités du droit civil ; c'était encore sur plusieurs règles tenant aux solennités intérieures des testaments paganiques et aux subtilités du droit.

(1) « *Ob nimiam imperitiam,* » dit Justinien aux Instit. : « ... *Propter simplicitatem militarem,* » dit Antonin au Code, l. 3, *De testam. milit.* Voy. cependant Heineccius, *loc. cit.*, § 3.

(2) Formule du mandat impérial, rapporté par Ulpien, l. 1, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 224, n° 1. Voy. Cujas sur le tit. du C., *De testam. milit.*

(3) Constantin, l. 15, C., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, p. 226, n° 12.

(4) Furgole, ch. 2, sect. 2, n° 27.

Ainsi, le testament militaire valait quoique les enfants fussent prétérits (1).

Ainsi, l'institution d'héritier n'y était pas nécessaire (2).

Ainsi, on ne lui appliquait pas la règle qu'on ne pouvait décéder *partim testatus, partim intestatus* (3).

Ainsi, le soldat pouvait décéder avec un ou plusieurs testaments, quoique, suivant les règles du droit civil, un même individu ne pût décéder avec plusieurs testaments (4).

Ainsi, il pouvait instituer toutes sortes de personnes, même celles avec lesquelles il n'avait pas la faction de testament (5).

Ainsi, son testament n'était pas rompu par l'agnation de ses héritiers siens, et ne pouvait être attaqué par la plainte d'inofficiosité (6), et il pouvait faire des legs au delà de ce que permettait la loi Falcidie (7).

(1) Ulpien, l. 7, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand., loc. cit.*, p. 227, n° 12. Doneau, *Comm.*, l. 6, c. 28, n° 9.

(2) Pothier, *Pand., loc. cit.*

(3) Ulpien, l. 6, D., *De testam. milit.* Cujas sur la l. 7 de Pomponius, D., *De reg. juris.*

(4) Paul, l. 36, § 1, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand., loc. cit.*, n° 27.

(5) Ulpien, l. 13, § 2, D., *De testam. milit.* Pothier, *loc. cit.*, p. 225.

(6) Ulpien, l. 7, D., *De testam. milit.* Marcellus, l. 8, D., *De testam. milit.* Marcellus, l. 29, § *ultim.*, D., *De testam. milit.*

(7) Caius, l. 17, § 4 *in fine*, D., *De testam. milit.* Heineccius, Instit., t. II, p. 192, 194. Doneau, *loc. cit.*, n° 9 et 10.

Mais, ces priviléges exorbitants, accordés au soldat, cessaient de plein droit un an après qu'il avait quitté les drapeaux. Aussi, le testament militaire était révoqué et annulé si le testateur ne décédait pas dans l'année de son renvoi dans ses foyers ; après ce temps, il rentrait sous l'empire du droit commun (1).

1690. L'usage du testament militaire fut admis et fréquemment pratiqué (2) dans notre ancien droit français; longtemps il fut valable sans écriture, de même qu'en droit romain.

Froissard (3) a conservé un exemple assez curieux d'un testament militaire verbalement fait en 1388. C'est le testament de Geoffroy Teste-Noire, capitaine breton, qui tenait pour le parti anglais dans les guerres entre la France et l'Angleterre. Assiégé dans le château du Mont-Ventadour, en Auvergne, Teste-Noire fut grièvement blessé dans une attaque faite par les chevaliers et écuyers d'Auvergne et de Limousin. Se sentant alors en danger de mort, Teste-Noire fait approcher près de son lit trente de ses plus fidèles compagnons d'armes ; il leur

(1) Paul, l. 38, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, p. 230, n° 35. Doneau, *Comm.*, lib. 6, t. XXVIII, n° 17. Cujas sur le C., *De testam. milit.* Voy. *infrà*, n° 1794, art. 984.

(2) Brillon, v° *Testament*, n° 39. Il y a des édits d'Henri III, de 1576 et 1577, qui décident que les testaments militaires faits pendant les troubles de la Ligue seront valables (Brodeau *sur Loust*, lettre *T*, somm. 8, n° 5).

(3) Livre 3 de ses *Chroniques*, ch. 152 (édit. Buchon).

montre du doigt un coffre qui contient 30,000 fr., dont il veut ordonner et disposer, puis après leur avoir fait promettre d'accomplir loyalement son testament, il s'exprime ainsi :

« Tout premier, je laisse à la chapelle de Saint-
» Georges, qui sied au clos de céans, pour les réfec-
» tions, dix mille et cinq cents francs.

» En après à ma mie, qui loyaument m'a servi,
» deux mille cinq cents francs.

» Et puis à Alain Roux, votre capitaine, quatre
» mille francs.

» Et à Pierre Roux, son frère, deux mille francs.

» Et à mes varlets de chambre, cinq cents francs.

» A mes officiers, mille et cinq cents francs.

» *Item* le plus je laisse et ordonne ainsi que je
» vous dirai.

» Vous êtes, comme il me semble, tous trente
» compagnons d'un fait et d'une entreprise ; et
» devez être frères, et d'une alliance sans débat et
» riotte, ni estrif avoir entre vous. Tout ce que je
» vous ai dit, vous trouverez en l'arche. Si départez
» entre vous trente le surplus bellement ; et, si vous
» ne pouvez être d'accord et que le diable se touaille
» entre vous, véez là une hache bonne et forte, et
» bien taillant et rompez l'arche ; puis ne ait, qui
» ne pourra. »

Le grand coutumier de France (1), composé vers l'an 1409, établit aussi qu'à cette époque les testaments militaires étaient en usage.

(1) Livre 2, ch. 40.

Ces testaments, faits de vive voix et sans formalités, étaient alors approuvés et reçus, dit Maynard (1), dans toutes les cours souveraines du royaume. Et, c'est ce que confirme Dumouliu (2), qui enseigne que les testaments militaires pouvaient avoir lieu sans solennité et valaient *sine scripturâ*.

1691. Mais depuis lors, l'ordonnance d'Orléans de l'année 1560 (3) ayant ordonné que les testaments fussent signés des testateurs, et l'ordonnance de Moulins de l'année 1566 (4) ayant rejeté la preuve par témoins des choses qui excèdent 100 livres, on se demanda si les testaments militaires pouvaient désormais être dispensés de la solennité de l'écriture.

Là-dessus il s'établit une grande divergence dans la jurisprudence.

Dans les pays de droit écrit on continua de juger, en général (5), que les formalités de l'écriture n'étaient pas nécessaires pour la validité du testament. Maynard (6) dit l'avoir vu souvent juger au parlement de Toulouse et notamment à la deuxième chambre des requêtes, en l'année 1580, pour un testament d'un soldat qui n'avait fait que le déclarer à ses compagnons, au moment d'aller à l'assaut de Puylaurens, où incontinent après il périt sur la brèche.

(1) L. 5, ch. 93, n° 5.

(2) Art. 13 du ch. 33 de la *Cout. du Nivernais*.

(3) Art. 83.

(4) Art. 54.

(5) Bretonnier *sur Henrys*, 5, 4, 37, n° 12.

(6) Liv. 5, c. 93, n°s 11, 12, 13. Voy. aussi l. 5, c. 17, n° 6.

Louet (1) rapporte aussi un arrêt rendu aux grands jours de Clermont, le 22 novembre 1582, qui reçut une fille à faire preuve par témoins du testament militaire de son père.

Et Bretonnier (2), qui approuve cette jurisprudence, fait observer que ce serait abolir l'usage des testaments militaires que d'exiger un écrit. « Quelle » apparence, dit-il, qu'un soldat qui va au combat » ou à l'assaut, ait le temps d'écrire ou de faire son » testament? Aussi, ajoute-t-il, cela n'est pas néces- » saire, et quand un soldat ou un officier est blessé » à mort, il déclare sa volonté en présence de ceux » qui sont proche de lui, lesquels vont ensuite de- » vant le prévôt de l'armée ou devant l'un des no- » taires en faire dresser l'acte (3). »

(1) Louet, v° *Testam. milit.*, somm. 7. *Junge* les arrêts rapportés par Bernard-Automne *sur Bordeaux*, art. 64. Papon, l. 20, t. I, art. 8. Cambolas, liv. 5, ch. 37.

(2) Observations *sur Henrys*, l. 5, c. 4, quest. 37, n° 15.

(3) Bretonnier, *loc. cit.*, assure avoir vu plusieurs testaments militaires de cette façon, et en outre celui du S^r comte d'Albou, qui fut tué en 1702 dans la guerre d'Italie. Il n'est pas sans intérêt de voir comment, en pareil cas, les choses se passaient, et nous croyons devoir rapporter ici la déclaration du major du régiment de carabiniers auquel le comte d'Albou appartenait.

« *A Monsieur le Grand Prévôt de l'armée en Italie.*

» Sur ce que nous avons appris que messire Claude d'Al- » bou, capitaine des carabiniers de la brigade d'Aubeterre, » aurait été blessé à l'escorte des fourrages, le 30 juin der- » nier, à la tête d'une troupe de carabiniers qu'il comman-

1692. Mais il en était autrement dans les pays coutumiers (1), surtout dans ceux qui étaient sous la juridiction du parlement de Paris. Malgré l'autorité de Coquille (2), ce parlement, depuis l'ordonnance de Moulins, condamnait tous les testaments nuncupatifs (3), n'admettant pas même d'exception en faveur des militaires (4).

Le Bret (5) rapporte en effet que, sur ses conclusions, en l'audience de la grande chambre du parlement de Paris, il fut rendu, au mois de juin 1619, un arrêt qui déclara nul, comme ayant été fait sans écrit, le testament du sieur Landry, capitaine, qui avait été tué au siége de Soissons.

» dait, et qu'avant de mourir il avait déclaré sa dernière » volonté en présence de plusieurs personnes, par laquelle » il dispose de tous ses biens ; et comme, en ma qualité de » major des carabiniers, il est de mon devoir de mettre en » sûreté les effets des officiers après leur mort et de faire » mettre en règle les dernières volontés, je m'adresse à vous, » Monsieur, pour vous prier d'entendre les personnes qui » étaient présentes lors de la mort dudit seigneur d'Albou, » qui sont dépositaires de ses dernières volontés, etc..... »

A la suite de cette pièce se trouve le procès-verbal des dépositions des témoins sur les dernières volontés du seigneur d'Albou.

Il n'apparaît pas, du reste, que la validité de ce testament ait été contestée.

(1) Basnage *sur Normandie*, art. 413, p. 201, col. 2.

(2) *Sur Nivernais*, t. XXXIII, art. 13.

(3) 20 décembre 1576 ; 6 juin 1594 ; 10 décembre 1598.

(4) Brodeau *sur Loret*, lettre *T*, somm. 8, n° 4.

(5) *Décisions*, i. 3, ch. 4.

C'est pourquoi Henrys (1), quoique écrivant en pays de droit écrit, mais dans une province soumise au parlement de Paris, pensait que si la disposition n'était que verbale et nuncupative, la preuve n'en pouvait plus être reçue depuis l'ordonnance de Moulins. Quelle que fût la faveur dont jouissait le testament militaire, rien ne pouvait couvrir, selon lui, le défaut d'écriture.

1693. Toutefois on admettait que le testament d'un militaire pouvait être dispensé des solennités ordinaires (2). Ainsi, par arrêt du 19 mai 1592, un testament fait par un officier en la coutume de Sens ne laissa pas que d'être confirmé, bien que la solennité prescrite par cette coutume n'eût pas été observée (3).

De même aussi, un testament mutuel que s'étaient fait deux officiers d'artillerie au siége de Dôle, fut déclaré valable sur les conclusions de M. l'avocat général Talon (4). Basnage cite un arrêt du parlement de Rouen, du 6 avril 1628, qui valida le testament d'un militaire en expédition, reçu par un cordelier en présence de deux soldats, et non signé du testateur (5).

1694. L'ordonnance de 1735 a mis fin à ces divergences; elle a exigé que toute disposition testa-

(1) L. 5, ch. 37.
(2) Brodeau *sur Louet*, lettre *T*, somm. 8, n° 4.
(3) Louet, *loc. cit.*, n° 1. Ricard, part. 1, n° 1633.
(4) Brodeau *sur Louet*, *loc. cit.*, n° 3. Ricard, *loc. cit.*
(5) *Sur Normandie*, art. 413, p. 201, col. 1.

mentaire fût écrite, et il n'a plus été permis aux militaires de tester de vive voix. L'art. 27 prescrivit, sur le testament de cette classe de personnes, des dispositions sur lesquelles l'art. 981 a été en partie calqué.

1695. Les formalités dont parle l'article 981 sont extrêmement simples et ne peuvent donner lieu à de grandes difficultés.

Le notaire est remplacé par un chef de bataillon ou d'escadron, ou tout autre officier supérieur, ou par un commissaire des guerres, aujourd'hui sous-intendant militaire. Deux témoins doivent les assister, ou même deux commissaires des guerres peuvent instrumenter sans témoins (1).

Quant à la signature du testateur et des témoins, nous en parlerons tout à l'heure dans le commentaire de l'article 998 (2).

1696. Cette faveur de tester militairement n'est accordée qu'à des militaires ou à ceux qui sont employés dans les armées (3). Cette dernière catégorie comprend les chirurgiens militaires (4), les aumôniers, tout le corps de l'intendance, les munitionnaires et fournisseurs, les vivandiers et vivandières, les valets, etc., etc., en un mot tout ce qui est inscrit sur les contrôles de l'armée (ou, comme dit Ulpien, *in numeros relati*) (5), et même ceux qui, sans être

(1) Voy. encore *Infrà*, n° 1700, art. 982.

(2) N°s 1729 et suiv.

(3) Texte de l'art. 981.

(4) Arrêt du parlement de Dijon, du 10 décembre 1657, rapporté par Taisand *sur Bourgogne*, 7, 4, 19.

(5) L. 42, D., *De testam. milit.*

inscrits sur les contrôles, remplissent à l'armée un office quelconque qui les fasse assimiler aux militaires.

1697. Dans le droit romain on allait plus loin, et l'on permettait à de simples citoyens *paganî* (1) de tester militairement dans certaines circonstances exceptionnelles (2); par exemple, si un président de la province, ou tout autre magistrat civil se trouvait exposé aux périls de la guerre, il jouissait, à cause du danger seul qui le menaçait, des mêmes priviléges que les soldats dont il partageait les vicissitudes (3). Il en était de même de toute autre personne civile, quelle qu'elle fût, que le danger enveloppait (4).

Mais ce privilége ne produisait son effet et le testament n'était valable qu'autant que le testateur mourait en pays ennemi (*in hostica*) (5). Que s'il échappait au péril, le testament s'écroulait et devait être refait (6).

Du reste, il faut remarquer ici que ces personnes civiles recevaient leur capacité des circonstances périlleuses dont elles étaient environnées, et que, bien différentes du soldat, elles n'auraient pu tester dans

(1) Suétone, *Vie d'Auguste*, 27; *Vie de Galba*, 29. Pline le Jeune, l. 8, *epist.* 25; l. 10, *epist.* 17.

(2) Heineccius, *Elem. juris*, l. 2, t. XI, §§ 505 et 506; et *Antiq. roman.*, l. 2, t. X, XI, XII, § 17.

(3) Ulpien, l. 1, D., *De bon. possess. ex testam. milit.* Ulpien, l. 44, D., *De testam. milit.*

(4) Ulpien, *loc. cit.*

(5) Cujas, *Recitationes solemnes, in titulo* 13, lib. 37, Dig.

(6) Cujas, *loc. cit.*

une garnison, dans une station, en un mot, loin de l'ennemi (1).

1698. Ces distinctions n'ont été reproduites ni dans l'ordonnance de 1735, ni dans l'article 981. Et, en aucun cas, les personnes purement civiles et étrangères à l'armée dont s'occupaient les lois romaines, n'ont été admises à tester *jure militari*.

Quant aux personnes qui se trouvent à la suite des armées à cause de leur emploi, lors même qu'elles ne seraient point portées sur les cadres (2), elles jouissent, d'après l'ordonnance et d'après le Code, des mêmes priviléges que le soldat lorsqu'il s'agit de tester. C'est là une classe de personnes qui a été assimilée aux soldats, et il n'est point nécessaire, pour la validité de leur testament *jure militari*, que ceux qui en font partie soient enveloppés dans un danger pressant et y succombent.

L'art. 981 du Code Napoléon dit : « Les individus » employés dans les armées, » et ne distingue pas s'il s'agit d'individus portés ou non sur les cadres.

L'ordonnance de 1735 conduit à la même interprétation, avec des termes plus explicites. L'art. 31 est ainsi conçu :

« Ceux qui n'étant ni officiers, ni engagés dans » les troupes, se trouvent à la suite de nos armées ou » chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou » fonctions, soit pour le service qu'ils rendent à nos » officiers, soit à l'occasion de la fourniture des

(1) *Infrà*, n° 1701.
(2) N° 1696.

» vivres et munitions de nos troupes, pourront faire
» leurs dernières dispositions dans la forme portée
» par les art. 27, 28, 29, et dans les cas marqués
» par l'art. 30. »

Evidemment cette disposition n'est que le développement de ce que le Code a entendu dire par ces mots : « Les testaments des individus employés dans
» les armées.... »

1699. C'est, du reste, ce qu'on peut inférer d'un arrêt de la cour de Liége, du 29 prairial an XII (1). Il s'agissait du testament du comte de Mercy-Argenteau, ministre plénipotentiaire d'Autriche, attaché à l'armée pour traiter, suivant les circonstances, avec les parties belligérantes. Ce testament avait été fait militairement à Bruxelles, le 6 mars 1794, à trente lieues du théâtre de la guerre, et le testateur était mort à Londres le 25 août de la même année. Comme par cet acte M. de Mercy-Argenteau disposait de biens situés en France, il fut attaqué devant la cour de Liége par les héritiers maternels du défunt, qui lui reprochaient de manquer des conditions nécessaires pour la validité du testament militaire. « Il n'émanait pas, disaient-ils, d'un militaire,
» et il avait été fait dans une ville tranquille et loin
» du théâtre des hostilités. »

Mais le testament fut maintenu (2), parce qu'il fut reconnu que M. de Mercy avait été adjoint par

(1) Merlin, Répert., v° *Testam.*, t. XIII, p. 719.

(2) Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la cour de cassat., du 28 ventôse an XIII (Merlin, *loc. cit.*, p. 738).

son souverain à ses armées en expédition, pour conduire les négociations que les circonstances auraient pu faire naître relativement à la paix ou à la guerre. Il est vrai que la cause était subordonnée à l'application du droit belge; mais les lois particulières à la Belgique contenaient des dispositions semblables à celles de l'ordonnance et du Code (1).

ARTICLE 982.

Ils pourront encore, si le testateur est malade ou blessé, être reçus par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice.

SOMMAIRE.

1700. Du cas où le testateur est malade ou blessé.

COMMENTAIRE.

1700. Dans le cas où le testateur est malade ou blessé, la loi offre au soldat encore plus de facilité pour tester. Outre les personnes précédemment désignées, l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice, pourra recevoir son testament (2).

Cet article, quoique ne parlant que de l'hospice,

(1) Voy. le plaidoyer de M. Merlin, *loc. cit.*, p. 723, col. 1.

(2) Voy. l'art. 27 de l'ord. de 1735, où cet article a été pris.

s'applique à plus forte raison au malade qui est à l'ambulance (1). Dans ce cas, c'est l'officier chargé de commander le détachement près de cette ambulance qui assistera l'officier de santé.

ARTICLE 983.

Les dispositions des articles ci-dessus n'auront lieu qu'en faveur de ceux qui seront en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prisonniers chez l'ennemi ; sans que ceux qui seront en quartier ou en garnison dans l'intérieur puissent en profiter, à moins qu'ils ne se trouvent dans une place assiégée ou dans une citadelle et autres lieux dont les portes soient fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.

SOMMAIRE.

1701. Qu'entendait-on, en droit romain, par expédition militaire?

1702. D'après l'ordonnance et le Code, pour pouvoir tester militairement, il faut se trouver sur un territoire étranger, ou être renfermé dans une place assiégée.

1703. *Quid* si, la place étant assiégée, il y avait suspension d'hostilités?

(1) Jourdan au conseil d'État (Locré, t. XI, p. 236).

COMMENTAIRE.

1701. Nous avons dit (1) que, d'après la constitution de Justinien (2), c'est seulement pendant qu'ils étaient occupés aux expéditions que les soldats pouvaient tester *jure militari*. Mais qu'entendait-on en droit romain par expédition militaire ? Fallait-il être nécessairement en bataille rangée ? Les commentateurs ont éclairci ce point par leurs recherches et leurs discussions. Il en résulte deux choses : 1° que l'expédition suppose un état de guerre, « un lieu » et terre d'hostilités, » comme dit Maynard (3); 2° que le militaire est en expédition lors même que le fait du combat n'est pas encore imminent, lors même que le soldat est simplement en marche, ou en garnison, pourvu que l'état de guerre soit certain.

Cujas (4) dit que tout militaire peut tester militairement lorsqu'il est ou dans une expédition, ou dans un camp, ou dans des retranchements, ou dans des quartiers d'hiver, ou dans une garnison, ou dans des postes fixes. « *Ergò qui in expeditione testatur* » *miles in castris, in fossato, ut loquuntur, imò et in* » *hybernis, ut meum judicium est, in stativis, in præsi-* » *diis, jure militari, testamentum facere potest.* » S'il en était autrement, ajoute-t-il, on serait forcé de n'admettre à cet égard aucune différence entre le

(1) N° 1689.
(2) L. 17, C., *De testam.*
(3) L. 5, quest. 17.
(4) Cujas, *Consult.* 49, *Recit. solem.*, *in tit.* C., *De milit. test.*

militaire et le simple citoyen qui n'a pas les priviléges du soldat (*paganus*); car ce dernier peut aussi tester militairement, pourvu qu'il se trouve sur un champ de bataille ou en présence de l'ennemi, le péril faisant naître pour lui un privilége qui n'est pas attaché à sa condition (1) : « *Alioquin nihil distaret* » *paganus à milite ; nam et à pagano in procinctu, in* » *acie, in hostico, quoquo modo testamentum valet* (2). »

Godefroy (3) explique dans le même sens les termes employés par Justinien, « *qui in expeditionibus* » *occupati sunt... idque*, dit-il, *sive in castris, sive in* » *fossato, sive in hybernis, sive in præsidiis, sive in* » *stativis, seu sedibus sedatis, sufficit ergò ut fiat in ex-* » *peditione, licèt non in procinctu.* »

On en concluait que partout où le soldat se trouvait pour un service de guerre se rattachant à une expédition contre l'ennemi (4), il pouvait tester militairement.

Divers arrêts des parlements ont admis cette interprétation (5). Un des plus remarquables a été rendu dans une espèce rapportée par Maynard et prononcé

(1) N° 1697.

(2) Ulpien, l. 44, D., *De testam. milit.* L. 1, D., *De bonor. possession. ex testam. milit.*

(3) Godefroy sur la loi 17, C., *De testam. milit.*

(4) Calvinus, *Lexicon juris*, verb. *Expediti milit. Junge* Barry, *De success.*, l. 1, t. V, n° 7. J. Clarus, § *Testam.*, quest. 15, n° 12.

(5) Rouen, 16 avril 1628 (Basnage, art. 413, *Normandie*). Toulouse, 16 avril 1648 (Albert, v° *Testam.*, n° 48). Dijon, 10 décembre 1657 (Taisand *sur Bourgogne*, art. 4, n° 19). Voy. Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 8.

aux fêtes de Noël 1578 (1) ; il s'agissait d'un écolier qui, enrôlé pour aller en guerre, avait fait son testament devant son capitaine et son sergent-major. Ce testament fut déclaré valable par privilége militaire. Je veux en citer un autre non moins précis. Un homme, venant de s'enrôler à Toulouse, se rend aux Cordeliers et reçoit le Saint-Sacrement; puis il appelle deux religieux, dont un était son frère, et il leur remet un écrit scellé et cacheté qu'il leur dit renfermer ses dernières dispositions; il les prie de témoigner, en cas de mort, que cet écrit contient sa dernière volonté. Huit jours après, cet homme fut tué à l'assaut. Comme ce testament avait été fait sur le départ, il fut déclaré valable, à titre de testament militaire, bien qu'il fût fait en ville et qu'il manquât, du reste, des formalités du droit commun (2).

1702. L'ordonnance de 1735, dans son art. 30, et le Code Napoléon dans l'art. 983, ont limité plus strictement les cas dans lesquels on peut tester militairement. Il faut être hors du territoire français. Quant à ceux qui sont en quartier d'hiver ou en garnison dans l'intérieur, ils ne peuvent disposer par testament militaire qu'autant qu'ils se trouvent dans une place assiégée, ou dans une citadelle ou autres lieux dont les portes sont fermées et les communications interrompues à cause de la guerre; ce que je ne ferais aucune difficulté d'étendre au cas où

(1) Liv. 5, quest. 17.

(2) Parlement de Toulouse, 13 avril 1627 (Cambolas, l. 5, 37. Brillon, v° *Testam.*, n° 143).

une partie du territoire français étant envahi, comme dans les désastres de 1814, l'armée française y serait à l'état de guerre et combattrait tous les jours pour la défense du pays.

Je crois aussi qu'à une place assiégée il faut assimiler une ville en état de siége, parce que le soldat y est exposé à des dangers pareils à ceux du champ de bataille, et que, d'un autre côté, il est soumis à des consignes exceptionnelles et rigoureuses qui le mettent en dehors des communications journalières au moyen desquelles s'accomplissent les actes de la vie civile.

1703. Nous avons dit que notre article ne permet de tester militairement à l'intérieur qu'autant qu'on se trouve dans une place assiégée. Mais s'il y avait suspension d'hostilités et que les communications ne fussent pas interrompues dans la place, pourrait-on encore tester en la forme militaire?

La question s'est présentée devant la cour de Paris en 1815 (1). Voici dans quelles circonstances :

En 1814, le général de division Gratien commandait la ville de Plaisance assiégée par les Autrichiens. Le 25 avril il fit son testament : l'acte fut reçu par un commissaire des guerres qui l'écrivit de sa main en présence de deux témoins, en conformité de l'article 981 du Code Napoléon. Le général décéda le lendemain.

Le testament fut attaqué. On prétendit que la ville de Plaisance n'était pas assiégée au moment de la

(1) Paris, 1er décembre 1815 (Devill., 5, 2, 76).

confection du testament, et l'on rapportait à l'appui de cette allégation un certificat du podestat ou maire de Plaisance, portant que pendant le cours de l'année 1814, les notaires n'avaient pas été empêchés d'exercer leurs fonctions par la présence des armées étrangères, et qu'ils avaient continué à recevoir tous les actes pour lesquels ils avaient été requis ; qu'à la vérité les Autrichiens étaient, les 23 et 24, aux portes de la ville, mais que la nouvelle des changements survenus en France avait fait cesser les hostilités, que les armées avaient même passé une convention et étaient restées fort tranquilles, et que d'ailleurs il n'y avait eu aucun obstacle à la circulation intérieure.

La cour de Paris déclara le testament valable, et entre autres motifs, elle établit que la discontinuation des attaques n'a jamais été prise pour la fin d'un siége, parce qu'il y a nécessairement des intervalles dans les opérations des assiégants.

Article 984.

Le testament fait dans la forme ci-dessus établie sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires.

SOMMAIRE.

1704. Différence entre la loi romaine et le Code quant au délai de déchéance.

1705. *Quid* lorsque, avant l'expiration du délai, le testateur est appelé à une autre expédition ?

COMMENTAIRE.

1704. Nous avons vu ci-dessus (1) que le droit romain faisait tomber le testament militaire un an après que le soldat avait été renvoyé dans ses foyers. La disposition de notre article diffère en deux points de la loi romaine. D'abord, le délai, sous le Code, n'est que de six mois; ensuite, ce délai ne commence à courir que du jour où le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires. En droit romain, le délai d'un an commençait du jour où le testateur avait reçu son congé. « *Intra annum quàm missus est*, » dit Paul (2).

1705. Mais, si avant l'expiration de ce délai le testateur est appelé à une autre expédition, le testament fait pendant la première sera-t-il caduc? Le jurisconsulte romain qui examine cette question (3) est d'avis que le testament doit conserver toute sa force, par cette raison que les deux expéditions sont censées n'en faire qu'une seule.

Ce motif, puisé dans l'équité (*humanius est dicere*), n'est pas inadmissible dans le droit français, et rien n'empêche de venir au secours du soldat qui, obligé de commencer un service d'expédition avant l'expiration du délai de faveur qui lui est accordé, n'a

(1) N° 1689 *in fine*.

(2) Paul, l. 38, *princ.* D., *De testam. milit.*

(3) Paul, *loc. cit.*, § 1. Voy. Cujas sur cette loi, l. 8, *Quæst. Paul.*

pas été maître de choisir son temps, et voit les nécessités de son service prolonger, pour ainsi dire, les difficultés et les périls qui avaient motivé le privilége dont il avait joui dans la première campagne (1).

ARTICLE 985.

Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge de paix, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins.

SOMMAIRE.

1706. Du testament fait en temps de peste, dans le droit romain.
1707. Divergence de jurisprudence sur les testaments faits en temps de peste, dans l'ancien droit français.
1708. Disposition de l'ordonnance.
1709. Le Code n'exige que deux témoins.
1710. Compétence pour recevoir ces testaments. — Loi du 9 mars 1822.

COMMENTAIRE.

1706. On comprend facilement le motif qui a fait accorder aux testaments faits en temps de peste

(1) *Infrà*, n° 1712.

des priviléges semblables aux testaments militaires. Il en est, en effet, de la peste comme de la guerre; elles interrompent les communications, et ne permettent pas d'accomplir les actes ordinaires de la vie civile. La guerre et la peste sont comparables, dit Henrys (1), et celle-ci est une guerre d'autant plus dangereuse que c'est Dieu qui la fait aux hommes.

Le droit romain, sans accorder à ces testaments la même faveur qu'aux testaments militaires, permettait cependant qu'on se relachât, en temps de peste, de la rigueur des formes ordinaires. Ainsi, les témoins n'étaient pas obligés de se présenter tous ensemble; ils pouvaient venir les uns après les autres. Une constitution de Dioclétien et de Maximien l'avait ainsi ordonné (2).

1707. Dans les pays de droit écrit, en France, ce principe avait prévalu; on considérait que l'abandon dans lequel se trouvaient les habitants d'un lieu infecté de la peste, méritait une indulgence particulière, et on les affranchissait dans les testaments de la rigueur des solennités du droit commun.

On allait même plus loin qu'en droit romain. Car

(1) L. 5, ch. 4, quest. 37, n° 7.

(2) L. 8, C., *De testamentis*: « *Casûs majoris ac novi contingentis ratione, adversùs timorem contagionis, quæ testes deterret, licèt aliquid de jure laxatum est: non tamèn prorsùs reliqua testamentorum solemnitas peremptà est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore junyi atque sociari remissum est; non etiàm conveniendi numeri eorum observatio sublata est.* »

on permettait de tester en présence de cinq témoins au lieu de sept. C'était l'avis d'Henrys (1) et de Maynard (2), et on le jugeait ainsi au parlement de Provence et au parlement de Grenoble (3). Bien plus, le parlement de Toulouse se contentait, quand le mal était violent, de deux ou trois témoins (4). La coutume de Bayonne (5) se bornait à exiger, pour les testaments faits en temps de peste, deux témoins mâles ou femelles, que le testament fût par écrit ou sans écrit; et encore, s'il était fait par écrit, l'écrivain était compté pour un témoin.

On était, du reste, fort facile quant à la capacité des témoins. Albert (6) rapporte qu'un arrêt de la grand'chambre, du 16 juillet 1654, jugea qu'un testament fait en temps de peste où il n'y avait que cinq témoins, dont deux femmes et un religieux, était valable et rompait un premier testament où il y avait eu sept témoins (7).

Dans les pays de coutume, au contraire, et notamment au parlement de Paris, on refusait aux pestiférés le droit de s'affranchir des solennités ordinaires. On pensait que l'abandon où la maladie laissait le testateur, l'exposait à des influences fâcheuses

(1) L. 5, ch. 2, quest. 10, n° 3.

(2) L. 5, ch. 48.

(3) Bretonnier *sur Henrys*, l. 5, ch. 2, quest. 10, n°s 6 et 7.

(4) L. 6, ch. 9.

(5) Au tit. *Des testaments*, art. 5.

(6) V° *Testament*, art. 38.

(7) Voy. *infrà*, n° 1731.

contre lesquelles la loi devait le prémunir en exigeant rigoureusement l'accomplissement de toutes les formalités destinées à assurer ses dernières volontés.

Brodeau sur Louet (1) cite plusieurs arrêts du parlement de Paris (2) qui annulèrent des testaments faits en temps de peste, parce qu'ils étaient défectueux pour le nombre et la qualité des témoins.

1708. L'ordonnance de 1735 fit cesser ces divergences. Elle décida, par l'art. 33, que deux notaires ou deux officiers de justice pourraient, en temps de peste, recevoir les testaments. Elle n'exigea de témoins qu'au cas où il n'y aurait qu'un notaire, ou un seul officier de justice. Les témoins alors devaient être au nombre de deux. Les prêtres eurent aussi le droit de recevoir ces testaments en se faisant assister de deux témoins.

1709. Le Code a reproduit à peu près cette disposition de l'ordonnance, en ce sens, du moins, qu'il n'exige aussi que deux témoins. Il n'est pas douteux, du reste, que la présence de ces témoins à l'ensemble des opérations nécessaires pour la confection du testament, ne doive être exigée. La décision du droit romain qui permettait aux témoins de comparaître les uns après les autres, ne peut avoir ici d'application.

1710. Du reste, les juges de paix et les officiers

(1) V° *Testament.*

(2) 1re chambre des enquêtes, 30 août 1630; 8 mars 1638; Pentecôte 1693.

municipaux ne sont pas les seuls qui soient compétents pour ces sortes de testament. La loi du 9 mars 1822 (1), relative à la police sanitaire, a attribué aux membres des autorités sanitaires, dans les lazarets et autres lieux sanitaires, le droit de recevoir les testaments conformément aux art. 985, 986, 987.

Article 986.

Cette disposition aura lieu, tant à l'égard de ceux qui seraient attaqués de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades.

SOMMAIRE.

1711. Observation.

COMMENTAIRE.

1711. En temps de peste, dans les lieux infectés, la présence de ceux même qui ne sont point atteints de la contagion est évitée avec le plus grand soin. La difficulté de tester avec les solennités habituelles au testament existe alors aussi bien pour les personnes non malades que pour les personnes malades.

L'article 36 de l'ordonnance de 1735 contenait la même disposition.

(1) Art. 19.

ARTICLE 987.

Les testaments mentionnés aux deux articles précédents deviendront nuls six mois après que les communications auront été rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu où elles ne seront point interrompues.

SOMMAIRE.

1712. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1712. Nous renvoyons sur ce point à ce que nous avons dit au sujet de l'article 984 (1).

ARTICLE 988.

Les testaments faits sur mer, dans le cours d'un voyage, pourront être reçus, savoir :

A bord des vaisseaux et autres bâtiments du roi, par l'officier commandant le bâtiment, ou, à son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre du service, l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration ou avec celui qui en remplit les fonctions ;

Et à bord des bâtiments de commerce, par

(1) N° 1704.

l'écrivain du navire ou celui qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec le capitaine, le maître ou le patron, ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent.

Dans tous les cas, ces testaments devront être reçus en présence de deux témoins.

Article 989.

Sur les bâtiments du roi, le testament du capitaine ou celui de l'officier d'administration, et, sur les bâtiments du commerce, celui du capitaine, du maître ou patron, ou celui de l'écrivain, pourront être reçus par ceux qui viennent après eux dans l'ordre du service, en se conformant pour le surplus aux dispositions de l'article précédent.

SOMMAIRE.

1713. Motifs qui ont fait introduire le testament maritime. — Du droit romain.

1714. Du droit français. — Des ordonnances de Louis XIV en cette matière.

1715. Le Code a permis le testament maritime à tous ceux qui sont sur mer indistinctement.

1716. Formalités différentes, selon que le testament est reçu sur un bâtiment de guerre ou sur un bâtiment de la marine marchande.

COMMENTAIRE.

1713. Il y aurait eu de la dureté à priver ceux

qui sont en mer de la faculté de tester, sous prétexte qu'il dépendait d'eux de se précautionner à cet égard avant leur embarquement. D'un autre côté, il aurait pu être dangereux d'attribuer aux testaments faits en mer le même effet indistinctement qu'à ceux qui sont faits avec les solennités requises en général (1). Aussi, la loi y a-t-elle pourvu, et, de tout temps, des règles spéciales ont-elles été tracées pour le testament maritime.

En droit romain ceux qui faisaient partie d'une flotte, officiers ou matelots, pouvaient tester *jure militari*... et la raison qu'en donne Ulpien (2), c'est que *in classibus, omnes nautæ milites sunt.*

Quant aux marins non militaires, on ne voit pas que le droit romain leur ait accordé un privilége analogue.

1714. En France, on s'était montré plus large et il y avait des prérogatives exceptionnelles attachées en matière de testament, tant à la marine marchande qu'à la marine militaire. Deux ordonnances de Louis XIV s'étaient occupées des testaments faits en mer.

L'ordonnance d'avril 1689 (3) permettait, comme le droit romain, aux officiers et aux gens de l'équipage sur les vaisseaux du roi de tester par-devant l'écrivain du vaisseau en présence de l'officier principal de quart qui signait. Émané de personnes ap-

(1) Valin, Préambule du tit. 11 du liv. 3 de l'ord. de 1681.
(2) Ulpien, l. 1, § 1, D. *De bonor. posses. ex test. milit.*
(3) Art. 47 du tit. 5 du liv. 4.

partenant à l'armée, ce testament jouissait des priviléges attachés au testament militaire; il pouvait comprendre l'universalité des biens du testateur. Toutefois, il paraît résulter du texte de l'art. 47 du tit. 3 du livre 4 de cette ordonnance que ce n'était qu'en cas de mort sur mer, que ce testament devait recevoir son exécution.

Les testaments de ceux qui faisaient partie de la marine marchande étaient réglés par l'ordonnance d'août 1681 (1). Mais, ils n'avaient pas des priviléges aussi étendus que les testaments de la marine militaire. Ils ne pouvaient comprendre que les effets que le testateur avait sur le vaisseau, et les gages qui lui étaient dus (2); et il fallait que l'écrivain du navire, chargé de recevoir le testament, fût assisté de trois témoins (3). Ce n'était aussi qu'en cas de mort sur mer que les dernières volontés du testateur pouvaient recevoir quelque effet (4).

Mais, soit que le testateur appartînt à la marine militaire, soit qu'il fît partie de la marine marchande, son testament n'aurait pas été valable s'il eût été fait au moment de s'embarquer (5). Nous verrons tout à l'heure ce que le marin devait faire pour tester,

(1) Liv. 3, tit. 11.
(2) Art. 2 du titre précité.
(3) Art. 1.
(4) Art. 1.
(5) Brillon, *Dict. des arrêts*, v° *Testament*, n° 72. Voy. le texte de l'art. 1 du titre précité : « Les testaments faits sur » mer par ceux qui décéderont dans les voyages.

lorsque, pendant le voyage, il se trouvait à terre momentanément (1).

L'ordonnance de 1735 qui, ainsi que nous venons de le voir (2), régla les formes spéciales des testaments militaires et des testaments faits en temps de peste, ne s'occupa point des testaments maritimes qui restèrent soumis aux dispositions des deux ordonnances de la marine.

1715. Le Code Napoléon n'a pas adopté la distinction de l'ancienne législation française, entre les marins militaires et les marins de la marine marchande, en ce qui concerne l'étendue de leurs dernières dispositions; il permet à tous ceux qui sont sur mer (3) indistinctement, appartenant à un bâtiment de guerre ou à un bâtiment de commerce, de tester sur l'universalité de tous leurs biens, en observant certaines formes particulières. Mais il n'exige point, comme nous le verrons tout à l'heure (4), que le testateur meure en mer.

1716. Les articles 988 et 989 indiquent quelles formalités doivent être suivies pour recevoir les testaments maritimes, soit sur les bâtiments de guerre, soit sur les bâtiments de commerce. Les prescriptions de ces articles n'ont pas besoin d'explication ; nous nous bornerons à faire remarquer la différence

(1) Nos 1719 et suiv., sur l'art. 994.

(2) Nos 1694, 1708.

(3) Art. 988 : « Les testaments faits sur mer dans le cours d'un voyage... »

(4) Nos 1723.

des formalités, selon que le testament sera fait sur un bâtiment de guerre, ou sur un bâtiment de la marine marchande. Dans le premier cas, c'est l'officier commandant qui reçoit le testament avec l'assistance de l'officier de l'administration, tandis que dans le second cas, c'est l'écrivain qui est chargé de recevoir l'acte avec l'assistance du capitaine. On a craint sans doute que, dans ce dernier cas, le capitaine ou le patron ne fût pas suffisamment instruit (1).

Article 990.

Dans tous les cas, il sera fait un double original des testaments mentionnés aux deux articles précédents.

Article 991.

Si le bâtiment aborde dans un port étranger dans lequel se trouve un consul de France, ceux qui auront reçu le testament, seront tenus de déposer l'un des originaux, clos ou cacheté, entre les mains de ce consul, qui le fera parvenir au ministre de la marine; et celui-ci en fera faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur.

Article 992.

Au retour du bâtiment en France, soit dans le port de l'armement, soit dans un port autre

(1) Delvincourt, note 3, sur la p. 89, t. II.

que celui de l'armement, les deux originaux du testament, également clos et cachetés, ou l'original qui resterait, si, conformément à l'article précédent, l'autre avait été déposé pendant le cours du voyage, seront remis au bureau du préposé de l'inscription maritime; ce préposé les fera passer sans délai au ministre de la marine, qui en ordonnera le dépôt, ainsi qu'il est dit au même article.

SOMMAIRE.

1717. L'inobservation des formalités prescrites par ces articles n'entraîne pas la nullité de l'acte.

COMMENTAIRE.

1717. Ces articles règlent les précautions à employer pour soustraire le testament fait en mer aux dangers auxquels il est exposé, par suite des naufrages et des périls de la navigation. Il s'ensuit que l'omission de ces formalités ne doit pas entraîner la nullité de l'acte. Si donc, le testament était fait en un premier original et que le testateur vînt à mourir avant que le second ne fût dressé, le testament n'en serait pas moins valable. Il est évident, que c'est là une formalité extrinsèque dont l'inobservation ne saurait porter préjudice au testateur et tomber sous le coup de l'article 1001 (1).

(1) Delaporte, *Pandectes françaises*, sur l'art. 992, p. 356. MM. Vazeille, n° 1, sur l'art. 990. Coin-Delisle, n° 1, sur l'art. 990. Marcadé, t. IV, n° 65. Voy., *contrà*, Delvincourt, t. II, note 2, sur la p. 89.

ARTICLE 993.

Il sera fait mention sur le rôle du bâtiment, à la marge, du nom du testateur, de la remise qui aura été faite des originaux du testament, soit entre les mains d'un consul, soit au bureau d'un préposé de l'inscription maritime.

SOMMAIRE.

1718. But de la mention exigée par cet article.

COMMENTAIRE.

1718. La mention exigée par cet article n'a d'autre but que de mettre à même les intéressés de se procurer des renseignements sur l'existence du testament; c'est encore là une formalité extrinsèque et précautionnelle, dont l'omission n'entraînerait pas la nullité du testament.

ARTICLE 994.

Le testament ne sera point réputé fait en mer, quoiqu'il l'ait été dans le cours du voyage, si, au temps où il a été fait, le navire avait abordé une terre, soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français; auquel cas il ne sera valable qu'autant qu'il aura été dressé suivant les formes prescrites en France, ou suivant celles usitées dans les pays où il aura été fait.

SOMMAIRE.

1719. *Quid* lorsque le navire aborde une terre étrangère où il y a un officier public?

1720. Du cas où la terre abordée est une terre de la domination française.

1721. *Quid* lorsque, sur la terre étrangère dont il s'agit, il se trouve un consulat français?

COMMENTAIRE.

1719. Nous avons dit que l'exception introduite en faveur des marins a pour condition que le bâtiment soit en mer (1).

Si le navire aborde une terre étrangère où il y a un officier public, le privilége du testament maritime cesse. Car il n'a été introduit qu'à raison de l'impossibilité de tester *jure communi* où se trouve le disposant. Le marin ne pourra donc tester que suivant les solennités usitées dans le pays, d'après la maxime *locus regit actum* (2). Ce n'est que lorsqu'il n'y aura pas d'officier public que le testateur pourra tester *jure maritimo :* car alors il est censé en mer (3).

1720. Que si le navire aborde une terre de domination française, il faudra distinguer de la même manière, s'il s'y trouve ou non un officier public : dans le premier cas, le testament devra être fait dans la forme ordinaire ; dans l'autre cas, il pourra avoir

(1) *Supra*, nos 1715 et suiv.

(2) Art. 999 C. Nap. *Infra*, nos 1734 et suiv.

(3) Valin, *comment.* de l'art. 1er du tit. 11 du liv. 3 de l'ord. de 1681.

lieu dans la forme particulière aux testaments maritimes.

1721. Mais quand il se trouve un consulat français sur la terre étrangère où aborde le bâtiment, c'est une question de savoir si, dans l'absence d'officiers locaux et indigènes, la présence des officiers de ce consulat fait cesser les priviléges du testament maritime.

La solution de cette difficulté dépend de ce point : les chanceliers des consulats sont-ils investis de la capacité de recevoir, en présence du consul et des témoins, le testament du Français? S'ils sont fonctionnaires capables d'exercer cet office public, le privilége du testament maritime ne saurait avoir lieu. S'ils en sont incapables, le Français ne pouvant tester suivant l'usage du pays, puisque nous supposons qu'il n'y a pas, dans cette contrée, d'officiers publics idoines, pourra tester *jure maritimo*.

C'est là une question que nous examinerons dans le commentaire de l'art. 999 (1).

Article 995.

Les dispositions ci-dessus seront communes aux testaments faits par les simples passagers qui ne feront point partie de l'équipage.

SOMMAIRE.

1722. Explication de cet article.

Infrà, n° 1738.

COMMENTAIRE.

1722. Cet article a eu pour effet de faire cesser le doute sur la question de savoir si les simples passagers ne faisant point partie de l'équipage d'un vaisseau, avaient droit de faire un testament maritime. L'art. 2 du t. 11, du liv. 3, de l'ordonnance de 1681 défendait au testateur de disposer, par cette sorte de testament, d'autre chose que des effets qu'il avait dans le bâtiment ou des gages qui lui étaient dus. On en concluait que ce mode de testament n'était autorisé que pour les gens de l'équipage. Mais cette interprétation avait été déjà combattue par Valin (1) et par Furgole (2). Et aujourd'hui un texte positif permet aux passagers de tester en la forme particulière aux testaments maritimes.

ARTICLE 996.

Le testament fait sur mer, en la forme prescrite par l'article 988, ne sera valable qu'autant que le testateur mourra en mer, ou dans les trois mois après qu'il sera descendu à terre, et dans un lieu où il aura pu le refaire dans les formes ordinaires.

SOMMAIRE.

1723. Durée de la validité du testament fait en mer.

(1) Valin sur l'art. 1 du tit. 2 du liv. 3 de l'ord. de 1681.
(2) Furgole, ch. 2, sect. 2, n° 9.

1724. Quid si, avant l'expiration du délai, le marin entreprend un nouveau voyage sans avoir refait son testament?

COMMENTAIRE.

1723. Nous avons vu que, sous l'ordonnance de 1681, ce n'était qu'autant que le testateur mourait sur mer que son testament pouvait être exécuté (1). Le Code reproduit cette disposition, et, en outre, il prolonge la validité du testament pendant trois mois, à partir du jour où le testateur est descendu à terre et s'est trouvé dans un lieu où il a pu refaire son testament dans les formes ordinaires.

Nous ferons observer, ici, que le Code ne distingue pas entre le marin militaire et le marin de la marine marchande. Il en résulte que le marin des bâtiments de l'Etat, quoique appartenant à l'armée, a pour refaire son testament trois mois de moins que le soldat de l'armée de terre. Il est difficile de donner la raison de cette différence.

1724. Il est possible qu'avant l'expiration des trois mois, le marin entreprenne un nouveau voyage, sans qu'il ait refait son testament. Ici se présente la question que nous avons examinée plus haut (2). Pour la résoudre au point de vue du testament maritime, il faut distinguer entre le marin militaire et le marin marchand. Le premier à qui des ordres

(1) N° 1714.
(2) N° 1705.

sont donnés pour recommencer un voyage et qui est obligé de s'y conformer, se trouve dans la même position que le soldat privé du délai de grâce de trois mois par un fait qui n'est pas le sien ; il ne sera pas responsable de l'inobservation de notre article, et il faudra équitablement réunir les deux voyages en un seul.

Il ne saurait en être de même du marin marchand, qui ne commence un voyage que par l'effet de sa propre volonté. Il ne peut, par conséquent, s'imputer qu'à lui-même de n'avoir pas refait son testament dans les trois mois à partir de la fin du premier voyage. Nous n'avons pas besoin de dire que cette dernière solution s'applique aussi aux passagers dont le voyage a été réellement terminé, et qui en entreprennent un deuxième pour leurs affaires ou pour leurs plaisirs.

Article 997.

Le testament fait sur mer ne pourra contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur.

SOMMAIRE.

1725. Motifs de cette disposition.
1726. La prohibition s'applique aussi bien au testament olographe fait sur mer qu'au testament maritime.
1727. La disposition faite au mépris de cette prohibition serait seule frappée de nullité.
1728. Exception à la prohibition établie par l'art. 997.

COMMENTAIRE.

1725. Cet article a pour but d'empêcher l'influence des officiers du vaisseau sur l'esprit du testateur. Les officiers du vaisseau sont semblables aux médecins et aux confesseurs (1); car les circonstances de la navigation leur donnent un empire et une autorité dont la loi a eu raison de se défier. Remarquez, du reste, qu'il ne s'agit pas ici seulement de l'incapacité de l'officier ou des officiers qui reçoivent le testament. La prohibition de cet article, conforme à l'art. 3 du titre XI du livre III de l'ordonnance de 1681, s'applique à tous les officiers. Toute disposition en faveur d'un officier, faite dans un testament reçu en la forme maritime, sera donc nulle, sauf l'exception que nous verrons tout à l'heure (2).

1726. Ce que nous disons du testament spécial fait en mer, s'applique au testament olographe qui serait fait pendant la navigation. Notre article est général et absolu, et il embrasse tous les testaments quelconques, sans laisser place à des distinctions. Tel était aussi le droit reçu sous l'ordonnance de 1681 (3). C'est ce que Valin a très-bien établi par la combinaison des art. 1, 2 et 3. Il n'est pas probable que le Code ait voulu s'écarter de cet usage. La présomption de captation et de suggestion existe d'ailleurs, ainsi que le démontre cet auteur, aussi

(1) Art. 909 du C. Nap.
(2) N° 1728.
(3) Valin, *comment.* sur l'art. 3 du tit. 11 du liv. 3.

bien pour le testament olographe que pour le testament reçu en la forme maritime (1).

1727. Du reste, il ne s'agit pas ici de la nullité du testament en entier, mais seulement de la nullité de la disposition faite au profit de l'officier (2).

1728. L'incapacité de recevoir dont sont frappés les officiers d'un navire, disparaît s'ils sont parents du testateur. Et par parents nous entendons ici les parents jusqu'au douzième degré, puisque c'est jusqu'à ce degré seulement que la loi compte les parents dans la succession, et puisqu'au delà de ce degré la parenté ne produit plus d'effets civils. Autrement il n'y aurait plus aucune limite à assigner à la parenté, qui deviendrait indéfinie (3).

Article 998.

Les testaments compris dans les articles ci-dessus de la présente section seront signés par les testateurs et par ceux qui les auront reçus.

Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

Dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le testament sera signé au moins par l'un d'eux, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé.

(1) Valin, *loc. cit.*

(2) Delaporte, *Pand. françaises*, sur l'art. 997. MM. Coin-Delisle, n° 2, sur l'art. 997. Vazeille, n° 1, sur l'art. 997.

(3) Maleville sur l'art. 997 ; M. Duranton, t. IX, n° 167. Voy., *contrà*, M. Vazeille, *loc. cit.*

SOMMAIRE.

1729. De la signature du testateur dans les trois testaments exceptionnels, militaires, faits en temps de peste et faits sur mer.

1730. La plupart des formalités prescrites pour les testaments ordinaires ne sont point applicables en cette matière.

1731. Il n'y a lieu d'observer que les conditions générales dont la section précédente a fait une règle. — Énumération de ces conditions.

1732. Quid à l'égard de la date?

1733. Les notaires pourraient-ils recevoir ces testaments exceptionnels dans la forme particulière autorisée par la loi?

COMMENTAIRE.

1729. Cette disposition concerne les trois espèces de testaments dont il vient d'être parlé : testaments militaires, testaments faits en temps de peste, et testaments maritimes.

Ces testaments doivent être signés par le testateur, à moins qu'il ne déclare la cause qui l'empêche de signer, auquel cas il en est fait mention. Celui qui reçoit le testament est tenu de le signer, et, dans le cas où la présence de deux témoins est requise, l'un d'eux au moins devra le signer, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé.

1730. Telles sont les formalités prescrites pour les testaments exceptionnels dont il s'agit. Le Code les a rendus aussi simples que possible : il a voulu les dégager de certaines précautions très-utiles (sans doute, dans les temps ordinaires, mais dont l'obser-

vation eût été trop difficile dans les circonstances de guerre, de peste et de voyage en mer.

Ainsi il ne sera pas nécessaire que le testament du soldat, du pestiféré, du marin soit dicté comme le testament reçu par acte public dans la forme ordinaire (1). La pensée du disposant pourra être communiquée à l'officier instrumentaire au moyen d'un écrit ou même de signes (2). Le droit romain permettait au soldat de tester par gestes (3), et puisque cette manière si souvent éloquente est approuvée par le droit naturel et par la raison, et qu'il est même reconnu qu'une donation entre-vifs peut se faire par gestes (4), on ne comprend pas pourquoi le soldat grièvement blessé, pourquoi le malade frappé par la contagion, ne pourraient pas déclarer par le langage d'action leur suprême volonté, lorsque nous ne trouvons dans la loi aucun texte qui le défend.

Ainsi encore, les fonctionnaires que, dans ces cas spéciaux, la loi charge de recevoir les testaments, pourront se dispenser de les écrire eux-mêmes (5). Nous avons vu que la loi impose aux notaires l'obligation d'écrire eux-mêmes, alors qu'il s'agit des testaments par acte public (6) et des testaments mystiques (7);

(1) M. Coin-Delisle, n° 9, *Observat. spéciales* à la sect. 2 du ch. 5 du tit. 2 du liv. 3.

(2) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*

(3) *Suprà*, n°s 1459 et 1558. L. 1 et 4, D., *De testam. milit.* L. 3, C., *De testam. milit.*

(4) N°s 539 et 1137.

(5) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 8.

(6) N° 1530, sur l'art. 972.

(7) N° 1637, sur l'art. 976.

mais ici la loi est muette sur cette obligation. Elle ne peut résulter du sens naturel du mot « reçu » dont se servent les art. 981, 982, 989, 991 et 998 du Code Nap. Car ce mot n'a pas ce sens par lui même, ainsi qu'on peut s'en convaincre par le rapprochement des art. 971 et 972. D'un autre côté, la loi de ventôse an XI, qui s'occupe spécialement des actes « reçus » par les notaires, ne leur impose nulle part l'obligation de les écrire eux-mêmes (1). Enfin, on peut dire que la loi, en prescrivant expressément dans l'art. 998 la signature des fonctionnaires chargés de recevoir les testaments spéciaux, semble ne vouloir rien au delà.

Ainsi, enfin, il n'est pas indispensable que l'officier instrumentaire constate que le testament a été lu (2); cette constatation n'est point commandée par les articles 981 et suivants. La loi suppose que la signature ne sera pas donnée par le testateur et par les témoins sans une lecture préalable; cette signature fait supposer que la lecture a été donnée.

1731. Il y a cependant des conditions générales qui doivent être observées dans les testaments dont s'occupe notre section, parce que la section précédente en fait une règle.

(1) Voy. l'art. 13 de cette loi. Il y a plus : une délibération de la chambre des notaires de Paris a même autorisé les notaires à faire usage de formules imprimées pour certains actes qu'ils sont appelés à recevoir : tels sont les actes de sociétés commerciales et les actes concernant les administrations publiques et particulières (Devill., 50, 2, 582).

(2) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 7.

Ainsi, l'article 967, qui dispense le testament de contenir une institution d'héritier, et l'article 968 qui prohibe les testaments mutuels conjonctifs, sont applicables (1).

De plus, l'article 980, relatif à la qualité des témoins, gouverne aussi les testaments spéciaux dont il s'agit (2). Et l'on ne pourrait plus juger aujourd'hui, comme le faisait le parlement de Toulouse (3), que les témoins d'un testament reçu en temps de peste pourraient être du sexe féminin.

Du reste, quant aux témoins du testament militaire, une instruction donnée par le ministre de la guerre le 24 brumaire an XII (4), rappelle que les témoins doivent être mâles et majeurs.

Les règles tracées par le Code dans l'article 975, sur la capacité relative des témoins, trouvent aussi leur application en cette matière (5); et s'il y avait parmi les témoins un légataire, ou un parent, ou un allié d'un légataire au degré prohibé, malgré sa forme privilégiée le testament serait nul. C'est encore là un des points prévus dans les instructions du ministre de la guerre.

1732. Mais, ces testaments doivent-ils être datés à peine de nullité? L'article 38 de l'ordonnance de 1735 prescrivait la date pour toute espèce de testament sans distinction. Le Code Napoléon n'en a

(1) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 5.
(2) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 17.
(3) *Suprà*, n° 1707. Arrêt du 15 juillet 1654.
(4) Sirey, an XII, 2, 743.
(5) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 11.

parlé que pour le testament olographe (art. 970); et quant aux testaments par acte public, ou en forme mystique, la seule disposition expresse qui oblige les notaires à les dater est celle de l'article 12 de la loi du 25 ventôse an XI. Cependant l'obligation de la date nous paraît indispensable. En général, la date est une formalité essentielle des actes (1). D'un autre côté, on ne peut supposer que le Code ait eu l'intention de s'écarter de l'usage général suivi au moment de sa promulgation, et si impérativement prescrit par l'ordonnance de 1735. Comment pourrait-on savoir, sans la date, si le testament a été fait dans une expédition ou en temps de peste, ou bien s'il a été fait sur mer pendant un voyage maritime, ou dans un lieu de relâche où se trouvaient des officiers publics dont la présence faisait tomber le privilége du testament maritime? La date est donc une formalité nécessaire, et ce n'est pas recevoir un testament que de le recevoir sans la date qui est destinée à le compléter. Inutile d'observer, du reste, que la date comprend le jour, le mois et l'an, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (2), et c'est encore ce que fait observer Valin dans un cas analogue (3).

1733. On a demandé si les notaires peuvent recevoir aussi, dans les circonstances prévues par la section II, les testaments spéciaux dont il s'agit, en se conformant aux prescriptions des articles 981 et sui-

(1) Valin, *loc. cit.*, sur l'art. 1.
(2) *Suprà*, n° 1479 et 1573.
(3) *Loc. cit.*, art. 1.

vants quant au nombre des témoins. Ils avaient ce pouvoir d'après l'ordonnance de 1735 (1), et il n'y aurait pas de raison plausible de leur contester ce droit aujourd'hui. Ils présentent autant de garantie que l'officier dont s'occupe notre section, et les motifs pour réduire le nombre des témoins sont les mêmes, quelle que soit la qualité du fonctionnaire. Nous ne croyons donc pas que le notaire soit astreint, pour un testament militaire ou un testament fait en temps de peste, à suivre les règles ordinaires du testament par acte public (2).

ARTICLE 999.

Un Français qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art. 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.

SOMMAIRE.

1734. De l'application de la règle *locus regit actum* en matière de testament.

1735. Jurisprudence sous le Code Napoléon.

1736. La forme du testament olographe est une forme solennelle qui appartient à la loi du pays où se trouve le testateur.

1737. Néanmoins est valable, par la puissance de la loi du

(1) Art. 27 et 33.

(2) MM. Coin-Delisle, n° 19; *loc. cit.* Bayle-Mouillard *sur Grenier*, n° 278.

domicile, le testament fait par un Français en pays étranger.

1738. Les chanceliers des consulats peuvent-ils recevoir les testaments des Français?

COMMENTAIRE.

1734. Cet article permet au Français qui se trouve en pays étranger de suivre la loi municipale à l'égard du testament olographe. Mais lorsqu'il veut faire un testament dans une autre forme, elle le soumet aux solennités usitées dans le pays qui lui donne asile et protection.

Dans ce dernier cas, le Français est obligé d'emprunter à la souveraineté sous laquelle il vit momentanément, les moyens de constater authentiquement sa volonté. Le droit des gens veut que les actes publics fassent foi, même hors de la souveraineté où ils ont été passés, encore que les parties soient étrangères. Le commerce des peuples serait grandement gêné si celui qui, hors de son pays, ne peut contracter ou tester que par les seules formes qui sont à sa disposition, trouvait les lois de sa patrie incrédules, de telle sorte qu'elles ne lui tinssent pas compte d'un emprunt que la nécessité l'obligeait à faire (1). De là, la maxime *locus regit actum* (2).

C'est aussi ce qu'avait décidé l'ordonnance de 1735, dont les articles 32 et 37 avaient terminé la

(1) Loyseau, *Off.*, l. 1, ch. 6, n° 104.

(2) *Suprà*, n° 527. Fœlix, *Traité de droit international privé*, n° 49.

grande controverse existant entre les auteurs, pour savoir si le testament devait être réglé par la loi du domicile, celle du lieu de la situation des biens, ou celle du lieu de la confection ; ils avaient sanctionné la règle : *locus regit actum*.

1735. Nous citerons ici quelques exemples remarquables de son application sous le Code Napoléon.

Et d'abord, il a été jugé qu'un Français qui est en Angleterre, peut faire son testament suivant les formalités usitées dans ce pays, pour les testaments solennels, et qui consistent dans l'apposition de la signature du testateur et de celle de quatre témoins auxquels le testament a été présenté, sans le concours d'aucun officier public (1).

Un second exemple nous est offert dans une espèce où le testateur avait suivi les formes testamentaires usitées en Hongrie. Il a été jugé que le testament fait par un Français dans ce pays est valable lorsque, conformément à l'ordonnance de Presbourg qui y fait loi, il a eu lieu dans la forme nuncupative devant le juge de la noblesse et un assesseur juré (2).

On trouve, en troisième lieu, un arrêt qui décide qu'un Français étant en Sardaigne, avait valablement fait un testament par acte mystique, quoique le notaire qui l'avait reçu n'eût pas écrit de sa main

(1) Rouen, 21 juillet 1840 (*J. Palais*, 1840, 2, 728. Devill., 40, 2, 515). Cassat., rej du pourvoi dirigé contre cet arrêt, 6 février 1843 (*J. Palais*, 1843, 1, 288. Devill., 43, 1, 209).

(2) Cassat., rej. du pourvoi contre un arrêt de la cour de Colmar, 30 novembre 1831 (Devill., 1832, 1, 51).

l'acte de suscription, des lettres patentes du 10 octobre 1840 autorisant les notaires de Sardaigne à se dispenser d'écrire eux-mêmes (1).

Enfin, un arrêt de la cour de Pau, du 26 juillet 1853, a déclaré valable le testament d'un Français, fait à la Louisiane, conformément à la loi de ce pays, c'est-à-dire, écrit d'une main étrangère et revêtu de la signature du testateur apposée en présence de cinq témoins (2).

Ces exemples suffiront pour mettre dans tout son jour la règle *locus regit actum*.

1736. La forme olographe étant une forme solennelle dans les pays où elle est autorisée, appartient par conséquent aux étrangers. On a élevé des doutes à cet égard, parce que, dans le testament olographe, le testateur est le ministre de sa volonté et qu'il n'a pas besoin du secours des officiers publics du pays. Mais ce n'est pas là une objection sérieuse. Le testament olographe, quoique écrit par le testateur, n'est pas un écrit sous seing-privé ordinaire. Il a une forme solennelle, ainsi que le disait l'article 289 de la coutume de Paris : c'est la loi du pays qui lui imprime ce caractère de solennité. Il appartient donc à l'ensemble des formes publiques et solennelles auxquelles on est obligé de se conformer et qui, du reste, sont toutes égales entre

(1) Paris, 19 avril 1853 (*Gazette des Tribunaux* du 20 avril 1853. Devill., 1853, 2, 570).

(2) Devill., 1853, 2, 571.

elles, sous le rapport de la créance et de l'autorité (1).

L'ancienne jurisprudence offre différents monuments remarquables qui confirment notre proposition.

Jean Milhau, greffier en chef de la cour des aides de Montpellier, avait fait à Paris un testament olographe qui, ayant été argué de nullité, fut déclaré valable par arrêt du parlement de Toulouse du 10 février 1734 (2).

Par arrêt du 15 juillet 1777, il fut aussi décidé au parlement de Paris, qu'un testament olographe fait à Paris par l'évêque de Valence était valable, quoique le défunt eût été de son vivant domicilié en pays de droit écrit (3).

Enfin, par arrêt de rejet de la cour de cassation du 28 prairial an XIII, le testament que M. Brunel, membre de la Convention, domicilié à Béziers, avait fait à la Conciergerie de Paris en la forme olographe, le 15 brumaire an II, fut pareillement déclaré valable (4).

Sous le Code Napoléon la question ne saurait recevoir une autre solution, et c'est ce que prouvent de nombreux monuments de jurisprudence.

Ainsi, il a été jugé qu'un Anglais voyageant en

(1) Conclusions de M. l'avocat général Gilbert des Voisins (affaire Pommereuil) (Merlin, Répert., t. XVII, v° *Testament*, p. 751, col. 1 et 2).

(2) Furgole, ch. 2, sect. 2, n° 22.

(3) Ancienne *Gazette des Tribunaux*.

(4) Merlin, Répert., t. XIII, v° *Testament*, p. 745.

France peut y tester dans la forme olographe, bien que les lois de son pays n'admettent pas cette forme, et que l'exécution de son testament doive être ordonnée par les tribunaux français (1). Mais il faut alors que les prescriptions requises par le Code, pour la validité du testament olographe, aient été fidèlement observées, à peine de nullité (2).

1737. Ce point de droit, si simple du reste, avait été contesté par Ricard, qui n'était pas remonté aux véritables principes de la matière (3). Mais, cet auteur avait ouvert un point de vue ingénieux, en ce qui concerne le testament olographe fait par un Français dans un pays où cette forme n'est pas adoptée. Il pensait qu'en ce cas le testament olographe était valable par la puissance de la loi du domicile. Le testateur, disait-il, est seul le ministre de ses dispositions; il tient de la loi municipale la capacité de tester et le caractère nécessaire pour imprimer la solennité à sa volonté. Ce caractère est comme inhérent et attaché à sa personne; il peut en user où il se

(1) Paris, 7 juillet 1845, et Cassat., 25 août 1847 (Devill., 1847, 1, 712).

(2) Paris, 25 mai 1852 (aff. Conilly) (*J. Palais*, 1852, 2, 232). Cassat., rej. du pourvoi contre cet arrêt, 9 mars 1853 (*J. Palais*, 1853, 2, 180). Arrêt de la cour de Paris, du 21 juin 1850 (aff. Brandon) (*J. Palais*, 1850, 2, p. 187). Trib. de 1re inst. de la Seine, 21 juin 1826 (aff. Forster) (*Gazette des Tribunaux*, n° 211). Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 4, art. 1, n° 3, p. 743. Fœlix, *Droit international*, n° 55. *Suprà*, nos 527, 1465.

(3) Ricard, dissertation posthume imprimée à la suite de son traité du *Don mutuel*, ch. 7, n° 311.

trouve, parce qu'il en est partout accompagné. Mais, cette opinion, bien qu'approuvée par Boullenois (1), était assez généralement repoussée dans l'ancienne jurisprudence.

Furgole (2) combattait Ricard, qu'il mettait en contradiction avec lui-même, en lui opposant un passage de son traité *Des donations* (3). C'était aussi l'avis de Pothier (4). Le fondement de cette manière de voir était la stricte application de la règle *locus regit actum*. Cette règle semblait mettre un obstacle invincible à ce qu'on pût faire un testament olographe dans un pays où cette forme était proscrite.

M. de Pommereuil, domicilié à Paris, avait fait un testament olographe dans la ville de Douai, où cette forme de testament n'était pas reçue. Par arrêt du parlement de Paris du 25 janvier 1721, le testament fut annulé (5). Les conclusions de M. l'avocat général Gilbert des Voisins (6), conformes à l'arrêt, roulent sur cette idée que la validité de l'acte doit se juger par la loi du lieu où il a reçu l'existence.

(1) *Des statuts réels et personnels*, part. 2, t. II, ch. 3, *observ.* 34.

(2) Ch. 2, sect. 2, n° 22.

(3) Part. 1, n° 1580. Dans ce passage, Ricard soutient que la date est requise au testament olographe pour juger de la validité et pour reconnaître si les lois qui s'observent dans le lieu où il a été fait permettent de faire un testament olographe.

(4) *Traité des donat. testam.*, ch. 1, art. 2, § 1.

(5) Furgole, *loc. cit.* Brillon, v° *Testament*, n°s 12, 13, 14.

(6) Voy. ces conclusions au t. XVII du *Répert. de jurisp.* de M. Merlin, v° *Testament*, p. 750 à 752.

Plus anciennement un arrêt du parlement de Paris, du 10 mars 1620, avait jugé qu'un testament olographe fait à Bruxelles par un domicilié à Paris était absolument nul (1).

De même, un autre du parlement de Paris annula le testament d'un parisien fait sous la forme olographe à Rome, où elle n'est pas admise (2).

Enfin, un arrêt de cassation du 20 août 1806 déclara nul le testament fait à Bordeaux en la forme olographe, par un marchand de Paris (3) ; Bordeaux, étant un pays de droit écrit, ne reconnaissait pas la forme olographe (4).

Quelle que soit la gravité de cette jurisprudence, l'art. 999 du Code Napoléon ne s'y est pas conformé; il a donné la préférence à l'opinion de Ricard. Une exception notable a été faite à la règle *locus regit actum*. Entre le testament olographe et le testament par acte public fait en pays étranger, il y a cette différence que les tribunaux français doivent juger de la validité du testament olographe par la loi du domicile, qui est la loi française, tandis qu'ils doivent juger du testament par acte public par la loi du pays où il est fait.

(1) Merlin, *Rép. de jur.*, t. XIII, v° *Testament*, col. 2, p. 444.

(2) Arrêt du 14 juillet 1722 (*Journal des Audiences*, t. VII). Pothier, *loc. cit.*

(3) Merlin, *loc. cit.*, p. 746, col. 1.

(4) Voy. toutefois un arrêt du parlement de Paris, du 30 avril 1625, cité par Brillon, v° *Testament*, p. 538, col. 2. Cet arrêt valide le testament olographe d'un Poitevin qui, par la loi de son domicile, pouvait tester en cette forme, et qui avait ainsi testé en Angoumois.

gale, on ne peut y ajouter la moindre confiance, et ce serait éluder la loi et forcer témérairement la volonté du testateur que de vouloir faire servir comme acte public ordinaire, ce qui n'était destiné à valoir que comme disposition à cause de mort. C'est d'après ces principes que la cour de Turin a jugé (1) « qu'un » testament nul comme testament public ne peut, » quoique signé du testateur, valoir comme acte sous » signature privée; qu'il n'y a pas lieu d'appliquer » dans ce cas l'art. 1318 du Code Napoléon, et que » le testament ne peut pas même valoir comme com- » mencement de preuve par écrit. » C'est encore avec autant de raison que la jurisprudence, ainsi que nous le verrons plus bas (2), a reconnu par de nombreux arrêts (3) qu'un testament authentique, nul comme testament, ne pouvait valoir comme acte notarié pour révoquer un testament précédent. Bien plus, la cour de cassation, rejetant le pourvoi contre un arrêt de Dijon du 25 mars 1813, a jugé que, lorsqu'un testament était nul par défaut de

(1) Turin, 14 mars 1807 (Devill., 2, 2, 212).

(2) N° 2050, art. 1035.

(3) Poitiers, 29 août 1806 (Devill., 2, 2, 170). Turin, 4 avril 1807 (Devill., 2, 2, 221). Limoges, 8 juillet 1808 (Devill., 2, 2, 412). Limoges, 23 mars 1809 (Devill., 3, 2, 43). Turin, 19 mars 1810 (Devill., 3, 2, 231). Angers, 24 mai 1822 (Devill., 7, 2, 74). Bordeaux, 25 août 1832 (Devill., 32, 2, 16). Toulouse, 12 août 1831 (Devill., 32, 2, 586). Aix, 5 avril 1834 (Devill., 36, 1, 174). Cassat., 4 novembre 1811 (Devill., 3, 1, 418). Cassat., 20 février 1821 (Devill., 6, 1, 383). Cassat., 2 mars 1836 (Devill., 36, 1, 174).

forme, on ne pouvait y recourir en aucune manière pour y puiser des éclaircissements (1). Nul par défaut de forme, il ne fait preuve de rien ; il est mort-né ; il est réduit *ad non esse*.

1743. Nous avons dit cependant (2) que le testament mystique, nul comme tel, peut valoir comme olographe, lorsqu'il est tout entier écrit, daté et signé de la main du testateur. Cette doctrine n'est pas contraire à ce que nous venons de dire. En effet, en élaguant la forme mystique, il reste toujours un testament olographe dans une forme reconnue par la loi ; il y a donc encore une preuve entière de la volonté du disposant, suivant les solennités du droit.

Du reste, la conversion du testament mystique en testament olographe ne pourrait éprouver le moindre doute, si le testament olographe, nul comme tel, contenait la clause que nous pourrions appeler, quoiqu'improprement, clause codicillaire, à l'exemple de celle dont nous avons dit un mot, par laquelle le testateur déclarait vouloir que, si son testament ne valait pas en telle forme, il valût comme codicille (3). Ainsi, si le testateur déclarait vouloir que son testament valût *omni meliore modo*, il n'y a pas de doute que, nul comme mystique, il ne valût comme olographe (4).

1744. On a demandé quelle était la durée de l'ac-

(1) Cassat., rej., 21 novembre 1814 (Devill., 4, 1, 632.

(2) N° 1654.

(3) Voy., sur la clause codicillaire, Bartole, l. 10, *De jure codic.*

(4) *Suprà*, n° 1655.

tion en nullité d'un testament, et il a pu sembler d'abord qu'aux termes de l'art. 1304 du Code Napoléon, la durée de cette action fût de dix ans. Mais un arrêt de Bordeaux (1) a décidé avec raison que l'article 1304 n'est pas applicable aux testaments. Cet article, en effet, fait partie du livre 3, titre 3 du Code Napoléon, relatif aux contrats et obligations conventionnelles, et il ne dispose que pour le cas où il s'agit d'une action en rescision ou en nullité d'une convention; en conséquence, la prescription qu'il établit, étant relative à un cas spécial, ne peut être appliquée aux nullités qui concernent les testaments. Il n'en serait pas de même, toutefois, s'il s'agissait d'une donation. La donation est un acte synallagmatique qui conserve toujours le caractère de contrat et d'obligation conventionnelle, et l'on comprend qu'il ait pu être fait application aux donations de l'article 1304, et que l'on ait jugé l'action en nullité d'une donation susceptible d'être prescrite au bout de dix années (2).

1745. Il peut arriver que les parties intéressées à opposer la nullité d'un acte ordinaire soient non-recevables à la faire valoir. C'est lorsqu'il y a eu de leur part approbation ou exécution de cet acte, ou lorsqu'il y a eu transaction (art. 1338, 1340). Quelle doit être, en matière de testament, l'application de ce principe? Une approbation d'un testament nul, donnée par la partie intéressée à faire valoir la nul-

(1) Bordeaux, 14 mars 1843 (Devill., 1843, 2, 311).
(2) Riom, 16 juin 1843 (Devill., 1843, 2, 543).

lité, une exécution de ce testament, une transaction sur cet acte, tout cela élève-t-il une fin de non-recevoir contre l'action en nullité?

L'objection contre la non-recevabilité de l'action pourrait venir de ce que les testaments tiennent au droit public par les formes, et qu'on ne peut pactiser que sur les matières du droit privé. Et l'on pourrait la fortifier de quelques textes du droit romain (1) qui, tout en permettant de renoncer aux nullités des legs, parce que ce genre de disposition dépendait de la pure volonté du disposant, semblaient mettre l'action en nullité au-dessus de toutes les renonciations, lorsqu'elle était dirigée contre l'institution d'héritier, c'est-à-dire, contre l'élément essentiel du testament même, et cela par la raison que l'institution d'héritier tenait au droit public (2).

Mais en supposant que cette distinction fût fondée, ce qui n'est pas certain (3), il est un point qui

(1) Paul, l. 9, § 5, D., *De juris et fact. ignorantiâ*. Paul, l. 38, D., *De fideicomm. libertatibus*. Grat. Valent. et Theod., l. 16, § 1, C., *De testam.* Paul, l. 5, D., *De his quæ ut indignis*. Dioclétien et Maxim., l. 4, C., *De juris et fact. ignor.* Justinien, l. 32, C., *De fideicomm.* Paul, l. 36, § 3, D., *De test. milit.* Paul, l. 21, D., *De legat.*, 3°. Ulpien, l. 1, § 1; l. 11, § 19, D., *De legat.*, 3°. Instit., §§ 7, 8, *Quib. mod. testam. infirmentur.*

(2) Furgole, ch. 6, sect. 3, n° 14. Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XIII, p. 765. Merlin, Quest. de droit, v° *Testament*, t. XVII, p. 369. Chabrol *sur Auvergne*, art. 52, ch. 13, quest. 1.

(3) Cujas sur la loi 5, § 1, D., *De his quæ ut indignis*, liv. 34, t. IX. Brodeau *sur Louet*, lettre *L*, somm. 6, n° 2. Bartole et Mantica tournaient la difficulté (*Ad leg.* 4, *De*

n'est pas douteux, c'est qu'elle était repoussée en France par les plus nombreux arrêts, surtout dans le ressort du parlement de Paris, et que l'opinion dominante était que les testaments ne sont pas tellement d'ordre public, qu'on ne puisse renoncer pour une cause d'intérêt privé aux vices de forme qu'ils renferment (1). « Car les formalités, dit Cha-

his quæ ut indignis, XI, 17, 38) en disant que, s'il n'était pas possible de valider un testament par une renonciation à faire valoir les nullités, il était du moins permis de renoncer à l'hérédité *ab intestat*, et c'est ce que faisait l'héritier *ab intestat*, lorsqu'en connaissance de cause il acceptait le legs. Voy. Caius à la loi 1, § 1, D., *Test, quemad.*, et à la loi 6, D., *De transact.* — On voit dans ces lois la preuve qu'en droit romain il était permis de transiger sur les testaments.

(1) Approbation implicite. — Nullité de forme.

Henrys, *Des testam.*, t. 5, ch. 1, quest. 1 (et, d'après lui, Brodeau et Chabrol), rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 8 juillet 1635, confirmatif d'une sentence du bailli de Forest, qui juge non-recevable une héritière *ab intestat*, laquelle, après avoir reçu son legs sans réserve, avait ensuite attaqué le testament comme nul en la forme.

Approbation explicite. — Nullité de forme.

Brodeau *sur Loiset*, lettre *L*, somm. 6 (et, d'après lui, Chabrol *sur Auvergne*), cite un arrêt du même parlement, du 20 juillet 1652, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Clermont, qui déboute deux héritiers *ab intestat* d'une demande en entérinement de lettres de rescision qu'ils avaient obtenues contre leur approbation d'un testament qu'ils soutenaient nul et imparfait.

Approbation implicite. — Inofficiosité.

Louet, lettre *L*, somm. 6 (et, d'après lui, Chabrol *sur Auvergne*, art. 50, ch. 12), cite un arrêt du 25 septembre 1652,

» brol (1), n'ont pour objet que d'assurer la vérité du » testament, et l'héritier qui a bien voulu exécuter » un testament nul, est censé s'être rendu certain par » d'autres moyens de la volonté du testateur. Malgré » la nullité, il subsiste une sorte d'obligation natu- » relle qu'il doit être libre à l'héritier d'accomplir. »

rendu aux grands jours de Clermont, qui juge non-recevable une mère qui, en pays de droit écrit, réclamait sa légitime blessée par un testament inofficieux qu'elle avait approuvé.

Approbation explicite. — Inofficiosité.

Brodeau *sur Louet, loc. cit.* (et, d'après lui, Chabrol, *loc. cit.*), indique un arrêt du parlement de Paris, du 28 mai 1631, confirmatif d'une sentence du bailli de Montpensier, qui décide que celui qui a approuvé, étant majeur, un testament contenant une substitution prohibée par la coutume, n'est plus recevable à la disputer.

Brodeau cite encore un arrêt du même parlement, du 16 juillet 1642, confirmatif d'une sentence du sénéchal de Lyon, et qui aurait également repoussé une demande en nullité d'un testament après approbation ; mais il n'indique pas l'espèce dans laquelle cet arrêt serait intervenu...

Junge l'art. 50 du ch. 12 de la *Coutume d'Auvergne*, ainsi conçu :

« L'héritier *ab intestat*, institué par testament ou non, qui » sciemment accepte aucun legs à lui fait par le défunt, ou sa- » tisfait à aucun des légats fait par ledit défunt, ou autrement » agrée en aucune partie ledit testament, il approuve toute » la disposition et ordonnance d'icelui défunt, et est abso- » lument tenu la garder et accomplir, sans qu'il se puisse » aider de la réduction au quart introduit par ladite cou- » tume. »

(1) *Sur Auvergne*, art. 50, ch. 12.

1746. Il est donc constant que l'on peut pactiser sur la nullité d'un testament.

Ceci admis, supposons d'abord que la convention, d'où l'on fait résulter une exception contre l'action en nullité, soit une transaction.

Tout le monde connaît un texte célèbre du droit romain (1), qui paraissait décider que les transactions sur les controverses découlant d'un testament, n'étaient valables qu'autant que l'on avait vu et connu les termes même du testament.

Nous avons établi avec Cujas (2), dans notre *Commentaire des transactions* (3), que cette formalité minutieuse, dont on s'est peut-être exagéré l'importance en droit romain, ne devait pas être transportée dans notre droit français, et qu'il suffisait que la transaction eût été faite volontairement, librement et sans surprise (4). On ne peut pas forcer une personne à lire et à étudier un testament dans son texte lorsqu'elle ne le veut pas ; elle a entendu prévenir des difficultés en transigeant, et il est trop tard quand la transaction est faite et consommée de venir montrer une curiosité minutieuse.

A plus forte raison, la transaction serait-elle un

(1) Caïus, l. 6, D., *De transact.* Caïus, l. 1, § 1, D., *Testam. quemadm. aperiant.*

(2) Cujas, *nota ad leg.* 6, D., *De transact.*, lib. 2, tit. 15.

(3) N° 99.

(4) *Comment. des transactions*, n° 142. Voy. ce que dit Cujas du cas où, pour obtenir une transaction, on aurait persuadé par un faux serment ou un mensonge insigne qu'un testament existait.

obstacle à l'action en nullité, si l'héritier venait prétendre qu'ayant tenu en main le testament, il ne s'est pas aperçu de certains vices de forme apparente. Nul n'est censé ignorer la loi, et l'on sait que les transactions ne peuvent être rescindées pour une erreur de droit (1).

1747. Outre la transaction, la renonciation peut résulter aussi d'un acte ou d'un fait qui la renferme implicitement. Nous citerons comme exemple la réception d'un legs par l'héritier *ab intestat*. Pour que cet acte engendre une renonciation réelle et par suite une fin de non-recevoir insurmontable, il faut qu'il ait eu lieu en connaissance de cause.

La coutume d'Auvergne portait à cet égard une disposition que nous avons déjà citée (2). On conçoit, en effet, que si le légataire reçoit son legs sans se douter que le testament qui lui enlève l'hérédité contient des vices qui l'infirment, on ne peut retorquer contre lui le fait de cette réception ; elle n'a évidemment pas le sens d'une renonciation. Mais si, au contraire, il a su ou pu savoir que le testament était infecté de vices de forme, et si, malgré cette connaissance, il a touché le montant de son legs ou s'il en a réclamé le payement, il s'est fermé la voie pour attaquer ce testament.

C'est ce que décide la jurisprudence moderne, conformément à la jurisprudence des anciens ar-

(1) *Comment. des transactions*, n° 147.
(2) Art. 50, ch. 12. Voy. *suprà*, n° 1745.

rêts (1). Ainsi, la cour de Turin (2) a jugé que la quittance de la réception d'un legs donnée au légataire universel par deux légataires particuliers, n'empêchait pas ceux-ci d'attaquer comme nul en la forme le testament qui ne leur avait pas été communiqué (3).

D'un autre côté il a été jugé, le 5 février 1829, par la cour de cassation (4), statuant sur le pourvoi contre un arrêt de Grenoble, qu'une partie qui avait intenté une action en partage de biens indivis légués par un testament qu'elle connaissait parfaitement et dont elle avait été à même d'apprécier la forme, n'avait pu, postérieurement, et alors qu'un jugement était intervenu sur son action en partage, demander la nullité de ce testament (5).

1748. Mais pour que celui qui demande la nullité d'un testament après avoir reçu un legs en vertu de ce testament, ou après avoir fait un acte quelconque duquel on puisse induire son approbation du testament, soit déclaré non recevable, il ne suffira pas toujours qu'il soit établi qu'il a eu connaissance du testament. Il y a de plus une distinction à faire entre le cas où la nullité est apparente, et le cas où

(1) Voy. *suprà*, n° 1745 *in fine*, les arrêts cités en note.

(2) 4 mars 1806 (Devill., 2, 2, 120).

(3) *Junge* Cassat. (chambre civ., rej.), 12 novembre 1816 (Devill., 5, 1, 245). Cet arrêt a été rendu par application des lois romaines. Caen, 15 février 1842 (Devill., 42, 2, 199).

(4) Devill., 9, 1, 227.

(5) *Junge* Besançon, 29 mars 1811 (Devill., 3, 2, 464).

elle est cachée (1). Si la nullité est cachée, l'approbation n'est plus que l'effet de l'erreur et il y a lieu d'appliquer la maxime : *non videntur qui errant consentire*. On ne saurait, dans ce cas, opposer une fin de non-recevoir résultant d'exécution volontaire à celui qui s'est porté demandeur en nullité. C'est ainsi qu'il a été décidé par arrêt de la cour de Nîmes, du 28 janvier 1834 (2), que la lecture d'un testament n'avait pu révéler au légataire universel, qui attaquait plus tard ce testament, une nullité résultant de l'incapacité de l'un des témoins ; que par conséquent, c'était là une nullité cachée qui n'aurait pu être couverte même par la délivrance des legs aux légataires particuliers. C'est ainsi encore que la cour de cassation a jugé, en maintenant un arrêt de la cour de Pau du 27 août 1835, que dans un cas semblable où il s'agissait de l'incapacité d'un des témoins, il n'était pas présumable que le mari, qui avait autorisé sa femme à recevoir un legs en vertu du testament qu'il attaquait en son propre nom, eût pu connaître l'irrégularité de ce testament (3).

Si au contraire la nullité est apparente, l'héritier

(1) Ricard, part. 3, nos 1559 et suiv. Domat, *Lois civiles*, liv. 3, t. II, sect. 3, nos 2 et 8. Brodeau *sur Louet, loc. cit.*, no 2. Chabrol *sur Auvergne*, art. 50, ch. 12. Voy. *Comment. des transactions*, no 146.

(2) Devill., 31, 2, 292.

(3) Cassat. (chambre civ.), 14 juillet 1839 (Devill., 39, 1, 653. *J. Palais*, 1839, 2, 289). *Junge* Cassat. (req. rej.), 27 août 1818 (Devill., 5, 1, 529). Amiens, 2 avril 1840 (*J. Palais*, 1840, 1, 548).

qui a eu connaissance du testament est présumé avoir eu par là même connaissance de la nullité, et il alléguerait vainement l'ignorance où il était de la nullité du testament; ce ne serait point là une juste et légitime ignorance qui pût lui servir (1). C'est ce qui a été établi par un arrêt de la cour de Pau du 27 février 1827 (2), où il est dit que la nullité apparente est celle qui se manifeste à la seule inspection du testament (3).

1749. Mais ici se présente la question de savoir si c'est au demandeur en nullité à prouver qu'il a reçu le legs sans connaissance de cause.

Chabrol (4) enseignait sur ce point, que c'était à celui qui invoquait la nullité à établir qu'il n'avait point eu connaissance de cette nullité avant de recevoir son legs, et il citait à l'appui un arrêt du parlement de Paris, de 1778, rendu dans les circonstances suivantes:

Le sieur comte d'Ailly avait institué héritier par son testament le marquis de Chambonas, et il avait fait un legs considérable au sieur de la Volpilière, qui était un de ses héritiers présomptifs *ab intestat*. Le sieur de la Volpilière reçut le legs, et il prétendit ensuite que le testament était nul, parce que la minute n'était point écrite de la main du notaire qui

(1) Brodeau *sur Louet, loc. cit.*, n° 2.

(2) Devill., 8, 2, 339.

(3) *Junge* Besançon, 29 août 1814 (Devill., 5, 1, 168). Besançon, 29 mars 1811 (Devill., 3, 2, 464).

(4) *Loc. cit. in fine.*

l'avait reçu et qu'il n'avait découvert cette nullité que depuis sa quittance. Une sentence de la sénéchaussée d'Auvergne avait admis cette demande; mais l'arrêt du parlement de Paris, infirmant la sentence, déclara le sieur de la Volpilière non-recevable.

« Cet arrêt, ajoute Chabrol, est fondé sans doute » sur ce que le sieur de la Volpilière ne pouvait pas » prouver qu'il n'eût pas eu connaissance de cette » nullité avant de recevoir son legs. C'est en effet » à celui qui allègue un pareil fait, et qui prétend » n'en avoir pas eu connaissance, à l'établir (1). »

Il est vrai que M. Merlin a soutenu un instant l'opinion contraire et qu'il a prétendu que la cour de cassation, dans un arrêt du 27 mars 1812 (2), paraissait avoir jugé, sur ses conclusions, en interprétant l'art. 1338 du Code Napoléon, que c'est à celui qui se prévaut d'un titre nul à prouver qu'au moment où ce titre a reçu son exécution, les vices qu'il était connus de la partie qui l'a exécuté. Mais, d'une part, cet arrêt n'a pas résolu cette question, et de l'autre, M. Merlin s'est depuis formellement rétracté (3).

Il faut donc dire, malgré un arrêt de la cour de Paris du 27 novembre 1835 (4), que celui qui exécute un acte est implicitement présumé l'avoir

(1) *Junge* Ricard, part. 3, n° 1559.

(2) Répert. de jurisp., v° *Ratification*, n° 9 et v° *Testament*, sect. 2, § 5, n° 3. Devill., 4, 1, 67.

(3) Questions de droit, v° *Ratification*, § 5, n° 5. *Junge* Grenier, n° 325. Toullier, t. VI, n° 519.

(4) Devill., 39, 2, 653; J. *Palais*, 1839, 2, 289.

connu ; car les hommes sont censés agir, dans leurs affaires, avec le discernement que suggère l'intérêt privé. D'où il suit que lorsqu'il veut revenir contre cette présomption si naturelle et si logique, c'est à lui de prouver que la connaissance lui a manqué par des circonstances qui ne se supposent pas de plein droit.

Un arrêt de Caen, du 15 février 1842 (1), paraît l'avoir décidé. Si on pèse les termes de cet arrêt, on verra qu'on ne citait dans la cause aucun fait précis de ratification, qu'on opposait seulement un long silence et qu'il était constant qu'il n'y avait pas eu représentation de l'acte.

1750. Du reste, on comprend que l'approbation du testament résulte de circonstances variables que la sagesse du juge aura à apprécier. Ce sont là des questions de fait abandonnées au bon sens du magistrat ; il pourra tenir compte, suivant l'exigence des cas, du sexe, des infirmités, de l'âge, de la rusticité (2).

1751. Lorsqu'un testament est nul par défaut de forme, il doit être rejeté et il ne peut être validé par aucun acte quelconque ; il faut qu'il soit refait (3).

A la vérité, il était de principe chez les Romains

(1) Devill., 42, 2, 199.

(2) «...*Id verò æstimabitur ex cujusque personâ, conditione, ætate. Ex personâ, quoniam mulierem juris ignorantia excusabit; ex conditione, quoniam militem aut rusticum; ex ætate, quoniam minorem viginti quinque annis.*...» Cujas, *Recit. solemn., ad* § 4, l. 9, D., *De his quæ ut indig.* Junge Turin, 4 mars 1806 (Devill., 2, 129).

(3) Ricard, part. 1, n° 1619. Argou, *Institut. du droit*

qu'un testament nul par défaut de forme pouvait être confirmé par un codicille. Mais il faut bien remarquer qu'alors le testament ne valait pas *jure directo* comme testament, mais qu'il valait *jure fideicommissi* comme codicille (1). La raison de cela était que la confirmation du testament par le codicille était assimilée à la clause codicillaire (2). On supposait que le testateur avait voulu, par cette confirmation, que le testament ne pouvant valoir comme testament, valût au moins comme codicille (3).

Mais dans les pays coutumiers où l'on ne faisait pas de différence entre les testaments et les codicilles, on ne suivait pas cette jurisprudence comme l'attestent Ricard (4) et Argou (5), et trois arrêts du parlement de Paris rapportés par le premier de ces auteurs (6). Il faut dire, néanmoins, que Fur-

français, l. 2, ch. 17. Besançon, 19 mai 1809 (Devill., 3, 2, 73). Turin, 19 mars 1810 (Devill., 5, 2, 231). Cassat., 21 novembre 1814 (Devill., 4, 1, 632). Merlin, Répert., v° *Testam.*, t. XVII, p. 656, 657, 659.

(1) Julianus, l. 2, § *ultim.*, D., *De jure codicil.* : « *Sed ex* » *fideicommisso petitur, salvâ ratione legis falcidiæ* »

(2) La Glose sur la l. 1, C., *De codicillis*, compare le codicille confirmatif du testament à la clause codicillaire, pour faire opérer le même effet à l'un et à l'autre.

(3) Furgole, ch. 12, n°s 50 et suiv.

(4) *Loc. cit.*

(5) *Loc. cit.*

(6) Les deux premiers arrêts ont été rendus en la 1re chambre des enquêtes du parlement de Paris, les 6 août 1602 et 15 février 1607, et le 3e est un arrêt de la grand'chambre du lundi 22 février 1638.

gole pensait que, même en pays coutumier, la confirmation d'un testament nul, faite en termes généraux par un testament postérieur, le validait (1). Mais ce sentiment, contraire à la jurisprudence, n'était appuyé par son auteur d'aucune raison solide, ni même spécieuse (2).

1752. Plusieurs jurisconsultes ont examiné si, dans le fond de la conscience, un testament nul par défaut de forme produit une obligation naturelle. Fachinée a établi à cet égard une controverse détaillée où il examine le pour et le contre. Il pense, en définitive, que l'héritier *ab intestat* est tenu à l'accomplissement des dernières volontés du défunt, s'il a la certitude personnelle que cette volonté était sérieuse (3).

Hilliger sur Doneau (4) est d'une opinion contraire; il est d'avis qu'un testament nul par défaut de solennités ne peut produire dans le for intérieur aucune obligation. Ses raisons sont : 1° que le testament prend sa force non-seulement dans la volonté du testateur, mais encore dans sa régularité, et que, quelle que soit la volonté du testateur, elle est contraire à la loi et par conséquent non obligatoire, si elle ne s'est pas conformée aux conditions sous lesquelles la loi permet de tester; 2° que le défaut de solennité que le testateur n'a pu ignorer (car nul n'est censé ignorer la loi), et dans lequel il a per-

(1) Furgole, *loc. cit.*, n° 59.
(2) Merlin, Répert., v° *Testam.*, t. XVII, p. 652.
(3) Fachinæus, *Controv.*, l. 4, cap. 5.
(4) Lib. 6, cap. 9, note 1.

sisté, est une preuve qu'il n'est pas mort avec l'intention de gratifier; et que le for intérieur oblige aussi l'héritier, institué par un testament nul, à se conformer aux lois sur la succession *ab intestat*, et à ne pas recevoir une chose qui ne lui est pas due légitimement.

Quelque chose qu'on puisse dire et écrire sur cette question, qui est plutôt du domaine de la théologie que de celui de la jurisprudence, l'homme délicat saura toujours comment il doit se conduire, indépendamment de l'opinion des docteurs. C'est une affaire de conscience qui doit se régler suivant les circonstances, et sur laquelle il n'est pas possible de donner des règles générales.

FIN DU TOME TROISIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME III.

SECTION PREMIÈRE. — De la forme des donations entre-vifs. 1

De l'acceptation. 58

La femme mariée ne peut accepter sans autorisation 77

De la transcription par le donataire 131

SECTION DEUXIÈME. — Exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs . 220

CHAPITRE V. — Des dispositions testamentaires . 353

SECTION PREMIÈRE. — Des règles générales sur la forme des testaments. 354

SECTION DEUXIÈME. — Des règles particulières sur la forme de certains testaments. . . . 632

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Imprimerie de Wittersheim, rue Montmorency, 8.